



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS
Curso de Direito

UELSON SOUSA PRASERES

**ANÁLISE CRÍTICA: A FORMA DE CONDUZIR O ILÍCITO
PENAL E A INFRAÇÃO DISCIPLINAR RESIDUAL NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, NO ÂMBITO
DO DISTRITO FEDERAL**

**BRASÍLIA
2012**

UELSON SOUSA PRASERES

**ANÁLISE CRÍTICA: A FORMA DE CONDUZIR O ILÍCITO
PENAL E A INFRAÇÃO DISCIPLINAR RESIDUAL NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, NO ÂMBITO
DO DISTRITO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Salomão Almeida Barbosa

**BRASÍLIA
2012**

UELSON SOUSA PRASERES

**ANÁLISE CRÍTICA: A FORMA DE CONDUZIR O ILÍCITO
PENAL E A INFRAÇÃO DISCIPLINAR RESIDUAL NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, NO ÂMBITO
DO DISTRITO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Salomão Almeida Barbosa

Brasília, 02 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Salomão Almeida Barbosa
Orientador

RESUMO

O presente trabalho visa fazer uma análise crítica sobre a forma de conduta do ilícito penal e a infração disciplinar residual no Processo Administrativo Disciplinar, e aponta essa como falha grave e de ocorrência comum, existente em quase todos os órgãos e instituições públicas da União, Estados e do Distrito Federal, responsável por grandes prejuízos ao erário na forma de volumosas indenizações, além do prejuízo moral.

Dessa forma, o tema apresenta o seguinte escopo: uma introdução geral, três capítulos de desenvolvimento e a conclusão. No primeiro, serão abordados os diversos conceitos de Direito Administrativo; as definições de Direito Administrativo como Direito Sancionador, como Poder Disciplinar, Poder de Polícia. No segundo, tratar-se-á de Sanções, ilícitos e instâncias; o conceito de Sanção e as diferenças existentes entre Sanção Administrativa e Penal; as independências das instâncias Administrativa e Penal e o comparativo entre Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. No terceiro e último capítulo, analisar-se-á o Processo Administrativo, seu conceito, as diferenças entre Processo e Procedimento, o conceito de Processo Administrativo Disciplinar, sua abordagem segundo a Lei 8.112/90 e a Lei 9.784/99, e a análise específica do tema, expondo claramente a forma atual dos procedimentos realizados e suas consequências no âmbito do Distrito Federal bem como a recente legislação aplicada. Por fim, a conclusão de todo o trabalho realizado com um parecer pessoal da situação atual e algumas sugestões como forma de contribuição do trabalho acadêmico aqui apresentado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Processo Administrativo Disciplinar. Ilícito Penal. Esfera Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DIREITO ADMNISTRATIVO	7
1.1 Conceito	7
1.2 Direito Administrativo Sancionador	8
1.3 Poder disciplinar	9
1.4 Poder de polícia	10
2 SANÇÕES, ILÍCITOS E INSTÂNCIAS	14
2.1 Conceito de sanção	14
2.2 Diferenças entre sanção administrativa e sanção penal	15
2.3 Independência das instâncias	17
2.4 Ilícito administrativo x Ilícito penal	18
3 PROCESSO ADMINSTRATIVO	20
3.1 Conceito	20
3.2 Diferenças entre processo e procedimento	22
3.3 Processo administrativo disciplinar	24
3.3.1 <i>Conceito</i>	24
3.3.2 <i>Princípios aplicáveis ao processo disciplinar</i>	27
3.3.3 <i>Processo administrativo disciplinar à luz da Lei 8.112/90</i>	32
3.4 Comentários acerca da Lei 9.784/99	34
3.5. Análise do ilícito penal e da infração disciplinar residual apurados no Processo Administrativo Disciplinar	39
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Neste trabalho será abordado o conceito de ilícito penal e sua contextualização no Direito Administrativo Brasileiro, com o intuito de definir o ilícito administrativo e sua diferenciação em relação ao ilícito penal, com vistas a investigar o fundamento, a finalidade e os modos de aplicação da sanção administrativa, aprofundando-se na matéria do Processo Disciplinar.

A relevância deste tema concentra-se nas condutas dos ilícitos penais aferidos nos processos administrativos disciplinares e conduzidos em conjunto no mesmo processo de apuração de infração disciplinar residual, especificamente nos procedimentos adotados pela Administração Pública no âmbito do Distrito Federal, suas falhas e possíveis condutas irregulares decorrentes da falta de normatização.

Atualmente, o problema da aplicação de sanções no Direito Administrativo Brasileiro tem se tornado bastante relevante. Diversas leis editadas preveem a ação da Administração Pública no sentido de punir administrados em caso de condutas consideradas ilícitas. Esse aumento da atividade coercitiva demonstra a necessidade do desenvolvimento de conceitos e procedimentos mais precisos e uma disciplina rigorosa da sanção. É necessário que haja um esforço sobre o tema de modo a reduzir a margem para a ocorrência de violações a princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, esses mesmos princípios, por vezes, engessam a atuação da Administração Pública, cujos atos acabam sendo anulados quando levados à apreciação pelo Poder Judiciário, o qual, por falta de sistematização normativa e análise doutrinária acerca da aplicação de sanção pela Administração, baseia suas decisões em supostas violações de tais princípios, sem, no entanto, fazer uma análise mais aprofundada acerca da abrangência e aplicação desses princípios nas situações fáticas levadas a seu conhecimento.

Os grandes precursores dessa área têm se esforçado bastante em abranger o máximo de hipóteses incidentes que compõem o Direito Administrativo, porém o vasto campo existente não dá condições de abranger todas.

A falta de um Código Administrativo e Processo Administrativo pode ser considerado uma das causas de grandes distorções existentes nessa área, uma vez que a maioria de suas leis são esparsas, necessitando, detalhadamente, de um estudo caso a caso, de forma que se possa adequar à legislação correspondente ao fato, sem exarcebar na aplicação nem afrontar os princípios constitucionais.

No caso do Processo Administrativo Disciplinar é mais grave, todo o procedimento executado está previsto na legislação, porém não consubstancia todas as hipóteses de como devem ser conduzidas as matérias, dentre as quais encontra-se o ilícito penal, e de como proceder a sua apuração sem contaminar o processo administrativo disciplinar decorrente de infração disciplinar residual.

A legislação atual prevê o rito processual a ser seguido, bem como estabelece a forma do procedimento elencando a todos os atos processuais; como, por exemplo, o Código de Processo Penal, em consonância com a Constituição Federal, observando todas as garantias pertinentes e disponíveis aos acusados. Da mesma forma, no Processo Administrativo Disciplinar, os procedimentos executados devem observar os princípios e legislação pertinentes ao processo e à defesa da parte, mas não estabelece normas para a execução dos atos processuais e sua forma de conduta.

Entre as esferas, civil, administrativa e penal, a lei assegura a independência entre elas, a qual concede a cada uma autonomia em suas decisões e assim o servidor pode responder concomitantemente nas três esferas.

Vários institutos previstos no Código de Processo Penal são observados no Processo Administrativo, os quais dão subsídios aos procedimentos realizados na condução dos atos, mas não existe na legislação um procedimento estabelecido que vise a dar segurança às decisões emanadas na esfera administrativa, no caso de absolvição por inexistência do fato ou falta de autoria, decididas no processo penal, em que constam de processo disciplinar aberto para apuração de infração residual, as quais anulam todo o processo administrativo disciplinar desde o seu nascedouro em consequência do reflexo da sentença exarada no Judiciário.

Dessa forma, em virtude da dificuldade sobre o assunto na doutrina brasileira, busca-se neste trabalho realizar uma abordagem desde os conceitos de Direito Administrativo, Processo, Processo Administrativo Disciplinar, a uma abordagem mais focada acerca dos ilícitos penais e infrações disciplinares residuais constantes de um mesmo processo administrativo disciplinar até uma análise crítica quanto aos procedimentos realizados na conduta deles, dentro da Administração Pública no âmbito do Distrito Federal, buscando ainda demonstrar algumas irregularidades ocorridas propositalmente pelos administradores, e o quanto de prejuízo o erário absorve diante desse descaso.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 Conceito

O conceito de Direito Administrativo varia conforme o critério adotado pelo doutrinador ao longo de seu desenvolvimento. Dos estudos doutrinários e dos sistemas legais decorreu o surgimento de várias teorias, dentre elas: a legalista; a do Poder Executivo; a do serviço público; a teleológica e a negativista. Para alguns, o Direito Administrativo pode ser conceituado como sendo tão-somente um conjunto de leis administrativas (legalista); a reunião de atos do Executivo (Poder Executivo); a disciplina, organização e regência da prestação de serviços públicos (serviço público); o sistema de princípios que norteiam o atendimento dos fins do Estado (teleológica ou finalística); ou, por fim, o ramo do direito que regula toda a atividade que não seja legislativa e jurisdicional (negativista).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹ faz a seguinte observação acerca do conceito de Direito Administrativo:

“[...] partindo para um conceito descritivo, que abrange a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, definimos o Direito Administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agente e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.”

Celso Antônio Bandeira de Mello² traz a seguinte definição para Direito Administrativo, “é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.

O Direito Administrativo integra o ramo do Direito Público, cuja principal característica encontra-se no fato de haver uma desigualdade jurídica entre as partes envolvidas, ou seja, a Administração se encontra num patamar superior ao particular.

As diversidades das definições indicam um desencontro doutrinário sobre o conceito de Direito Administrativo, variando o entendimento consoante entre a escola e o critério adotado pelo autor que procura caracterizar seu objeto e demarcar sua área de atuação.

Diógenes Gasparini³ define Direito Administrativo como:

“[...] um sistema de normas de Direito (conjunto harmônico de princípios jurídicos), não de ação social. Daí seu caráter científico. Suas normas destinam-se a ordenar a estrutura e o pessoal (órgãos e agentes) e os atos e atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto

¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25.ed.São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29.ed.São Paulo: Malheiros, 2012. p.37.

³GASPARINI, Diógenes.*Direito Administrativo*. 17.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.p.59.

poder público. Excluem-se, portanto, os atos materiais e os regidos pelo Direito Privado. Ademais, o Direito Administrativo não se preordena a reger as atividades abstratas (legislação), indiretas (jurisdição) e mediatas (ação social) do Estado. Por último, não lhe compete dizer quais são os fins do Estado. A fixação desses fins é atribuição de outras ciências.”

O Direito Administrativo Brasileiro pode ser entendido como o conjunto de princípios jurídicos que regem a atividade da Administração Pública e suas atribuições, as entidades, os órgãos e os agentes públicos, objetivando o perfeito atendimento das necessidades da coletividade e dos fins desejados pelo Estado. Com uma forte influência do modelo europeu-continental, originário do direito francês e adotado na Itália, Espanha, Portugal e outros países europeus, sendo também conhecido como direito administrativo descritivo que se opõe ao modelo anglo-americano, cujo objeto é a descrição e delimitação dos órgãos e dos serviços públicos, sendo derogatório do direito privado, enquanto o segundo baseia a atuação administrativa sem derrogação do direito privado, integrando-se à Ciência da Administração.

Feitas estas considerações acerca da definição de Direito Administrativo, faz-se necessário algumas considerações sobre do Direito Administrativo Sancionador como forma de se aprofundar na área específica em estudo.

1.2 Direito Administrativo Sancionador

Do assim chamado Direito Penal Administrativo, saltou-se para o Direito Administrativo Sancionador com o objetivo de explicar a existência de uma potestade sancionadora da Administração, distinta da penal, ainda que muito próxima, de adotar para o seu exercício meios técnico-jurídicos suficientes, potencializando, com efeito, as garantias do particular.

Conforme Maysa Abrahão Tavares Verzola, hoje o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo, ainda que influenciado pelo Direito Penal e que se justifica apenas como forma de garantia mínima às garantias individuais, que busca preocupar-se com a figura do risco.

A Constituição Federal de 1988 no artigo 37, § 4º estabelece que os atos de improbidade importarão em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. No mesmo sentido, a Lei 8.429 de 1992 prevê sanções especificamente no artigo 12, e avança além da norma constitucional ao estabelecer outras medidas, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (na hipótese

de enriquecimento ilícito), a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

O Direito Administrativo Sancionador preocupa-se, sobretudo, com a prevenção e não com a repressão, como o faz o Direito Penal. Como já frisado anteriormente, aquele se preocupa com a figura do risco, enquanto este se preocupa com o dano concreto. Isso ocorre principalmente porque as aglomerações humanas trouxeram um maior temor quanto às atitudes dos demais homens e não mais quanto à natureza. Viu-se necessário intervir antes mesmo que ocorresse o dano.

A aplicação de um Direito Administrativo Sancionador aumentou não só devido à maior intervenção administrativa, mas também o modificou penetrando no interior das relações sociais, deixando de observá-las apenas de um ponto externo. Assim, a intervenção modificou-se quantitativa e qualitativamente.

O Direito Administrativo Sancionador pode ser estudado a partir de óticas diferentes, tanto do ponto de vista do poder disciplinar quanto do poder de polícia. Trabalhar-se-á sobre ambas as óticas para uma melhor análise das sanções disciplinares.⁴

1.3 Poder disciplinar

A Administração Pública, para cumprir as suas finalidades de forma legal e satisfatória, necessita que os seus administrados diretos, aqueles incumbidos de executar as tarefas a eles atribuídas, desempenhem suas atividades da melhor maneira possível, sem deixar de observar o que preceitua a legislação quanto aos deveres e proibições definidos no ordenamento jurídico. Por isso, reconhece a faculdade de punir, com a imposição de penalidades, as infrações praticadas pelos servidores ao seu Estatuto.

A repreensão disciplinar tem um caráter punitivo. No direito disciplinar, o que prevalece é uma preocupação institucional, a preocupação transcende o interesse profissional privado e repercute em uma atividade pública.

O direito disciplinar não alcança somente o Poder Executivo, mas todas as atividades próprias da Administração.

É interesse público defender-se não só dos maus agentes, mas também de agentes externos que possam atingi-lo negativamente. Tais sanções não devem ser

⁴VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 30-31.

confundidas com o poder de polícia, que busca ordem pública geral e a prevenção de delitos. A repressão disciplinar é exercida por atos administrativos, enquanto que a penal é exercida por atos jurisdicionais.

A natureza das penas disciplinares é a mesma das penas do Direito Penal. O que as distingue são as suas finalidades. Ambas devem ser determinadas legalmente; porém, no Direito Administrativo, essas penas não podem ser definidas e atribuídas à respectiva infração; há, portanto, uma margem para discricionariedade.

Di Pietro⁵ restringe a discricionariedade da Administração Pública e faz as seguintes considerações acerca do conceito do poder disciplinar:

“[...] é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso das que com ela contratam.

Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.

No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no Poder Judiciário e no Ministério Público, onde não há hierarquia quanto ao exercício de suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.

A discricionariedade existe, limitadamente, nos procedimentos previstos para apuração da falta, uma vez que os Estatutos funcionais não estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal.”

1.4 Poder de polícia

Por muito tempo, o termo polícia foi utilizado para designar a limitação do Poder Público aos indivíduos. No entanto, a consagração dos direitos individuais representou, por si só, uma restrição a esse poder de polícia.

O direito brasileiro coloca certa dificuldade à substituição do conceito de poder de polícia. Ele está previsto nas hipóteses de incidência tributária, no Código Tributário Nacional⁶, em seu artigo 78:

“Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de

⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

⁶BRASIL. Código Tributário Nacional. Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública e aos direitos individuais ou coletivos.”

No entendimento de Maysa Verzola, a expressão poder de polícia, hoje utilizada no direito brasileiro, encontra sua origem no *Police Power* (poder de polícia), contrapondo-se a esse poder, a jurisprudência norte-americana afirma o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo). E seu objetivo é refrear o poder estatal que possivelmente incida sobre direitos fundamentais. Não obstante, a partir de 1929, o *Police Power* foi ampliado, para disciplinar as atividades econômicas nos Estados Unidos.⁷

Por meio do poder de polícia, pretende-se evitar um dano, limitando-se o exercício de direitos e liberdades pelos administrados em geral. Esse poder de polícia tem por fundamento o caráter não absoluto dos direitos subjetivos, os particulares não podem exercer tais direitos de forma abusiva, para além do que seria necessário para atender suas finalidades e interesse sem atingir a esfera de direitos alheios ou de toda a coletividade.

O poder de polícia somente pode ser imposto pelo Poder Público. Essa ação, entretanto, deve ser previsível por parte do cidadão, para que esteja de acordo com os princípios do Estado de Direito. Nele, a liberdade do indivíduo tem superioridade em relação à interferência estatal.

O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados.

Maria Sylvia⁸ em sua obra traz uma definição mais moderna acerca do conceito adotado pelo direito brasileiro, onde:

“[...] o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”

Outro conceito sobre poder de polícia, esse mais a par do que o que está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, é atribuído por Gasparini⁹ que diz:

“[...] essa atribuição como sendo a que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social.”

⁷ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39-40 .

⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123.

⁹GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.p.179.

Bandeira de Mello¹⁰ faz um estudo mais aprofundado sobre o poder de polícia e faz as seguintes observações:

“Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado [...].

Enquanto em certas hipóteses a atividade individual seria manifestamente danosa, por transparente este caráter, noutras a determinação depende de um exame concreto. Nos primeiros casos a limitação já vem assinalada de modo inarredável na lei, pelo quê nenhuma margem há para colaboração da Administração no precisá-la ou eventual possibilidade de suspendê-la. Sem embargo, resta, ainda assim, à Administração o poder-dever de assegurar-lhe o respeito, fiscalizando sua observância e impedindo-lhe a transgressão. Já, nos segundos casos, compete à Administração analisar a hipótese, concluindo, em face de circunstâncias subjetivas e objetivas, ou (a) pela efetiva periculosidade da atividade (por exemplo, quando dissolve passeata, por comportamento violento, destruidor de bens e agressivo à incolumidade física dos transeuntes; quando interrompe espetáculo público, pela prática de atos obscenos de natureza criminosa), ou (b) pela inexistência de perigo que justifique a persistência de uma vedação genérica, por ela mesma absolvível, casuisticamente [...].

A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se “poder de polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *Police Power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, [...].

A expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.”

A Administração Pública dispõe de diversos instrumentos para a realização do poder de polícia, seja por meio da edição de atos normativos abstratos, de alcance geral, seja por meio de atos concretos, específicos e determinados em relação aos seus destinatários.

Independente da forma de consecução do poder de polícia, tais instrumentos são utilizados pela Administração Pública tendo por destinatários os administrados, pessoas físicas ou jurídicas, que desenvolvam atividades sujeitas ao poder de polícia, às quais a

¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 835-838.

Administração autoriza o exercício, promove sua fiscalização e, se for o caso, impõe sanções, tudo conforme a legislação vigente.

Dessa forma, a realização do poder de polícia pela Administração dá-se tanto de forma preventiva, estabelecendo, por exemplo, condições e restrições para o desenvolvimento de determinada atividade pelos administrados, quanto de forma repressiva, punindo aqueles que não obedecerem aos critérios e condições impostas, a priori, pela legislação.

A Administração, quando atua de forma repressiva, impondo sanções aos particulares, fá-lo impondo restrição de direitos das mais variadas espécies, a fim de promover a adequação dos interesses privados ao interesse público.

2 SANÇÕES, ILÍCITOS E INSTÂNCIAS

2.1 Conceito de sanção

De acordo com Maysa Verzola, para proporcionar a convivência em sociedade possível, o Estado regula a conduta dos cidadãos por meio de normas objetivas, que visam a proteger determinados bens jurídicos cuja tutela seja importante em um determinado momento histórico. O direito objetivo determina o que pode ser feito e o que é proibido.

À conduta ilícita corresponde uma sanção. Aqui cabe ponderar que uma conduta pode ser qualificada, num só tempo, como ilícito administrativo ou ilícito penal, além de outros tipos de ilícitos implicando responsabilidades compatíveis com o tipo do ilícito praticado. Nesse caso, serão impostas sanções correspondentes, sem ofensa a qualquer princípio que vede a punição do mesmo fato mais de uma vez, que possui em seu âmbito de incidência restrito a cada esfera determinada. Trata-se de sanções de natureza diversa e, por isso mesmo, não se compensam.

A sanção é o que garante o cumprimento das normas e supõe a imposição de um mal como consequência ou efeito de uma anterior atividade ilegal do sancionado.

O próprio Direito, todavia, não define a sanção em si, muito menos a distingue em relação a todos os ramos da ciência jurídica. Dentro do gênero sanção, há várias espécies possíveis de reações jurídicas em relação àquele que infringe a norma.

Importante esclarecer que sanção é necessariamente uma reação à lesão ao bem jurídico, enquanto a coerção teria força impositiva, mas sem caráter retributivo. Todas as normas estão atreladas a atos de coação, mesmo que indiretamente, como é o caso das normas não autônomas. Já os atos preparatórios, coercitivos seriam atos necessários à aplicação da sanção, tais como a prisão preventiva.¹¹

Segundo Bandeira de Mello¹² extrai-se as seguintes considerações acerca da definição de sanção:

“Reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparte é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção [...]. Com efeito, é disto que resulta o regime jurídico que lhes confere a própria feição, a identidade jurídica que lhes concerne.

¹¹ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-48.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 863-864.

Sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada.”

Já Gasparini¹³ traz o seguinte entendimento:

“Sanção disciplinar e pena disciplinar são locuções portadoras do mesmo significado, isto é, são sinônimas. Sanção disciplinar é a pena imposta ao servidor público pelo cometimento de falta funcional ou pela prática de atos privados cuja repercussão leve desprestígio à Administração Pública a que pertence o servidor. A sanção disciplinar tem duas funções básicas: uma preventiva, outra repressiva. A primeira induz o servidor a precaver-se para não transgredir as regras disciplinares e funcionais a que está sujeito. Pela segunda, em razão da sanção sofrida pelo servidor, restaura-se o equilíbrio funcional abalado com a transgressão.

Os objetivos da sanção disciplinar são a manutenção normal, regular, da função administrativa, o resguardo do prestígio que essa atividade tem para com os administrados, seus beneficiários últimos, a reeducação dos servidores, salvo quando se tratar de pena expulsiva, e a exemplarização. Os estatutos têm previsto, para serem aplicadas pelas autoridades competentes aos servidores que tiveram suas condutas reconhecidas como irregulares ou ilegais, as penas de: advertência, repreensão, suspensão, multa, destituição de função, cassação de disponibilidade, cassação de aposentadoria e demissão.

A aplicação de qualquer das sanções disciplinares, ademais exige motivação, isto é, a descrição das razões de fato e de direito que levaram a Administração Pública a punir seu servidor.”

Conclui-se, portanto, que sanção é a forma que o Estado atua para aplicação das normas de forma a garantir o seu cumprimento e a manutenção da ordem visando o interesse público social.

2.2 Diferenças entre sanção administrativa e sanção penal

Como já abordado nos tópicos anteriores, o Estado dispõe da prerrogativa de aplicar sanções para manter a ordem, bem como o cumprimento às leis.

Serão tratadas as diferenças entre sanção administrativa e sanção penal com o fim de estreitar o tema a ser abordado direcionando-o ao processo administrativo disciplinar, alvo desse trabalho.

Para alguns especialistas do Direito existem dúvidas quanto à existência ou não de diferenças entre sanção administrativa e sanção penal. Porém, neste trabalho,

¹³GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1109-1112.

verificam-se alguns pontos de diferenciação entre os dois tipos de sanções as quais serão tratadas a seguir, dando assim enfoque à corrente doutrinária que aceita a existência dessas diferenças, como forma de estabelecer um paralelo entre as duas esferas.

Segundo Maysa Verzola, sanção administrativa pode ser entendida como aquela aplicada pela Administração Pública aos seus comandados com o fim de correição quando da inobservância ocorrida no exercício de suas atividades, as quais causam prejuízo ou vão de encontro à legislação.

A finalidade da sanção penal é corrigir a conduta do cidadão dentro da sociedade com o objetivo de manter a ordem da convivência pacífica.

Outro ponto de distinção está na competência para impor as sanções disciplinares, ou seja, o Poder Judiciário ou a Administração Pública.

Também, percebe-se diferença no momento em que a Administração Pública na condução de suas atividades pode produzir seus próprios processos, independentemente da esfera penal. Não quer dizer que não serão utilizados institutos do processo penal, pelo contrário, utiliza-se e muito institutos do Direito Penal no Processo Administrativo Disciplinar, apenas a Administração Pública pode conduzir seus processos sem aguardar ou depender da esfera penal.

Essas diferenças entre as sanções penais e administrativas deixam claro que as primeiras visam à ordem social e as segundas são destinadas à organização interna da Administração Pública.

Acredita-se que o ilícito pode ser classificado como ilícito penal ou ilícito administrativo, não apenas em razão da autoridade competente para impor a sanção correspondente ao caso, mas sim em razão do campo de incidência do próprio Direito Administrativo, formal (natureza administrativa do procedimento) e material.

Por sua vez, a diferença entre Administração e Jurisdição não pode dar-se pelo mero critério de competência, e sim pela forma de relação entre os órgãos de cada esfera.

Dessa forma, conclui-se que a Justiça é diferenciada pela coordenação e independência orgânica, enquanto que a Administração se caracteriza pela subordinação, pela hierarquia orgânica, pelo regulamento e pela influência de um órgão administrativo sobre o outro. No tópico seguinte, será demonstrada a relação entre as duas esferas.¹⁴

¹⁴VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 49-58.

2.3 Independência das instâncias

A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990,¹⁵ que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União em seu artigo 125 dispõe expressamente que:

“[...]as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si[...]”.

Assinalando assim que as instâncias penais, civis e disciplinares são, em princípio, autônomas e independentes umas das outras, contemplando as regras e os princípios do sistema jurídico positivado brasileiro.

Assim, as ocorrências oriundas da conduta ilícita do servidor público podem sofrer sanções tanto civis, penais como disciplinares, devendo as infrações cometidas serem processadas nas respectivas instâncias correspondentes, uma vez que são autônomas e independentes, e que buscam promover espécies de responsabilidades substancialmente distintas.

Corroborando com esse entendimento, o artigo 7º da lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que trata das sanções aplicadas aos agentes públicos no caso de enriquecimento ilícito, é taxativo ao determinar que a autoridade administrativa deve representar perante o Ministério Público visando à indisponibilidade dos bens do indiciado.¹⁶

Conquanto essa regra de independência não deve ser entendida como absoluta, pois a própria Lei 8.112/90 no artigo 126 traz, à exceção, a admissibilidade projetiva do juízo penal sobre o administrativo.

Sobre essa questão vale adicionar este aporte de Jose Armando da Costa¹⁷:

“Numa visão interdisciplinar dessa temática, pode-se inferir que a independência das instâncias proclamada no art. 125 da Lei 8.112/1990 não guarda latitude absoluta. Daí porque o nosso Código Civil, conquanto não desconheça que a responsabilidade civil é independente da penal, preceitua que não se poderá questionar mais sobre o fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art.935).

Adicione ainda, que, em larga harmonia e entrosamento com a disposição legal referida, preceitua o estatuto processual penal¹⁸ que:

“[...] faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (art.65).

¹⁵BRASIL. Lei nº 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1405.

¹⁶BRASIL. Lei nº 8.429/92. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1467-1470.

¹⁷COSTA, Jose Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 124.

¹⁸BRASIL. Código de Processo Penal. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 595.

Complementando, aduz essa mesma lei processual que:

“[...] não obstante a sentença absolutória no juízo criminal a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato” (art. 66).

Observa-se que apesar da existência de noção de autonomia das instâncias, como verificado anteriormente, em algumas hipóteses prevalece a supremacia da instância penal, uma vez que a decisão penal definitiva faz coisa julgada nas instâncias civil e disciplinar. Porém, não ocorre o contrário. Tal predominância diz respeito aos procedimentos aplicados à matéria penal em vez das questões civis ou administrativas, os quais agregam maior observância e rigor aos princípios aplicados na busca da ordem pública.

No tópico seguinte será abordado com mais profundidade e minúcias sobre as diferenças entre ilícito penal e ilícito administrativo.

2.4 Ilícito administrativo x Ilícito penal

Esclarecida a definição das sanções, administrativa e penal, e elencada algumas de suas diferenças, verifica-se que a finalidade da sanção pode sofrer variações. As penas de polícia têm caráter punitivo, enquanto que as disciplinares, de manutenção e reintegração. Observando que as sanções fiscais tem caráter ressarcitório.

Segundo José Cretella Júnior, o ato ilícito é uma conduta contrária ao Direito, o qual traz para o seu agente uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Especifica-se o ilícito conforme a natureza do interesse lesado, que, por sua vez, é determinado pela natureza da respectiva sanção abstratamente prevista no ordenamento jurídico. O ilícito administrativo viola regras de Direito Administrativo e legitima o Estado a impor sanções administrativas pelo poder de polícia ou pelo poder disciplinar, independe de atuação do Poder Judiciário. O ilícito penal é mais grave porque viola regras de comportamento de transcendência social e até política, por exemplo, o crime de desobediência não se configura quando a lei cominar penalidade civil ou administrativa, sem ressaltar expressamente a aplicação da pena prevista no Código Penal.

O ilícito penal constitui-se por conduta típica, antijurídica e culpável, não muito diferente do ilícito administrativo que é constituído de conduta típica, antijurídica e voluntária.

Nem sempre, o responsável pela infração administrativa se confunde com o infrator, apesar de que, na maioria dos casos, as figuras sejam coincidentes. Tal situação só é

possível uma vez que o objetivo da sanção administrativa não é a punição em si, mas inibir determinado tipo de comportamento, não interessando quem é o autor, mas sim a infração.

O artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 alcança não apenas os processos judiciais, mas também os procedimentos administrativos. No Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, existe procedimento específico em seu âmbito voltado a dar efetividade às garantias constitucionais citadas. Trata-se de remédio previsto com a finalidade de obstar os efeitos danosos decorrentes do atraso na entrega da prestação jurisdicional. Tem natureza disciplinar, podendo ocasionar a abertura de sindicância e/ou processo administrativo disciplinar com vistas a apurar eventual prática de infração funcional por parte do magistrado, servidor do Poder Judiciário ou de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuam por delegação do poder público oficializado.

Dessa forma, o ilícito administrativo deve ser apurado por meio dos instrumentos previstos nos Regulamentos, destacando-se dentre eles, a sindicância. Os ilícitos criminais estão previstos no Código Penal, e nas Leis Especiais.

Os meios para que os agentes infratores sejam punidos encontram-se à disposição das autoridades, as quais devem agir com imparcialidade na busca da justiça, evitando gastos desnecessários para a sociedade, uma vez que o processo administrativo e o processo penal possuem um alto custo. Os processos devem ser instruídos de maneira a permitir que, ao final, as lides possam ser pacificadas, colocando-se um término ao conflito que foi apresentado.

É inadmissível aceitar que um ilícito administrativo seja transformado em ilícito penal, sob a alegação de inexistência de instrumentos necessários para se punir o infrator. A falta de observância dos princípios legais poderá levar a um processo criminal desprovido de fundamento, o qual terá como consequência a absolvição do acusado ou acusados, muitas vezes até mesmo pela inexistência do fato, resultando em prejuízos para a sociedade e redução da credibilidade do Estado. A lei em nenhum momento impede a punição do infrator, sendo necessária apenas a observância das regras que foram previamente estabelecidas, com o intuito de evitar gastos desnecessários à sociedade.¹⁹

¹⁹JUNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 113-119.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO

Para prosseguir com o trabalho na busca de atingir seu ponto culminante é necessário conceituar Processo Administrativo, apontar as diferenças entre processo e procedimento, bem como adentrar na área específica do Processo Administrativo Disciplinar.

Partindo-se da premissa de que a preocupação inicial, em todo trabalho científico, deva ser a delimitação do objeto em estudo, não há meios de escapar dessa relevante exigência. O primeiro obstáculo a transpor encontra-se, por conseguinte, em limitar e conceituar "processo" e "procedimento". Essa tarefa é essencial, notadamente porque a doutrina é divergente a seu respeito.

Ao se referir a processo considere em sentido mais amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário para a consecução de seus fins. Cada poder se utiliza de processo próprio, no desempenho de funções diversas, estabelecido na Constituição Federal.

3.1 Conceito

Processo pode ser entendido como o conjunto de atos coordenados para realização de determinado fim, bem como, etimologicamente, tem o sentido de marcha para frente, progresso, desenvolvimento, podendo ser entendido como forma, instrumento, modo de proceder.

Pode-se classificar o processo legislativo, pelo qual o Estado elabora a lei, o processo judicial e administrativo, pelos quais são aplicadas as leis, objeto de nosso estudo adiante.

A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1.999²⁰, que trata do processo administrativo, em sentido estrito, como preferem alguns, ou em seu aspecto externo, como entendem outros; refere-se unicamente aos casos em que o particular ou funcionário insurge contra determinado ato concreto proveniente da Administração Pública Federal direta ou indireta (art. 1º):

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.”

²⁰BRASIL. Lei nº 9.784/98. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1633.

Diógenes Gasparini inicialmente conceitua Processo Administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa.

Mas, observa que enquanto processo designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia, o processo administrativo indica além da sede em que se é desenvolvido, a natureza do litígio. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o seu servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores dessa denominação.

Outra observação de Gasparini é a realidade, ou seja, o que ocorre na prática. A Administração Pública tem a necessidade de registrar seus atos, de controlar o comportamento de seus agentes e de decidir sobre certas controvérsias, generalizando o uso dessa locução. Assim, estabelecendo que todos os autos internos, instaurados pela Administração Pública, são denominados processos administrativos. Com essa visão prática, são processos administrativos tanto os que encerram um litígio como os que se prestam para outorgar o uso de bem público, para deliberar sobre o pedido de construção, para sugerir à Administração Pública a promoção de um certame para a escolha da bandeira municipal, para expropriar certo bem particular ou para selecionar a melhor proposta para um dado negócio.

Dessa forma, define Processo Administrativo, em sentido amplo, como o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e controle do comportamento dos administradores e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.²¹

Outra definição é a estabelecida por Di Pietro²² que aponta quatro sentidos diferentes para processo administrativo:

1. “Num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração;
2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação

²¹GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 1081-1082.

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed.São Paulo: Atlas, 2012. p. 677-678.

- periódica de desempenho, na forma de lei complementar; assegurada ampla defesa;
3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo;
 4. como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.”

Diante das definições acima, verifica-se haver divergências entre as definições de processo administrativo e procedimento administrativo, questão que será abordada em seguida, visando a estabelecer as principais diferenças existentes entre processo e procedimento.

3.2 Diferenças entre processo e procedimento administrativo

Surge agora a necessidade de definir qual a locução correta a ser aplicada ao caso, se processo ou procedimento.

Segundo Cretella Júnior, entende-se que o Processo Administrativo é, antes de tudo, processo, em sua mais pura acepção, e estabelece que processo é o todo, e os procedimentos são as partes que integram esse todo. Dentro de uma operação maior e global, contenciosa ou não, penal, civil ou administrativa, que se desenvolve entre dois momentos distintos – o *processo* –, cabem outras operações parciais ou menores – os procedimentos – que, em bloco, formando uma unidade, concorrem para completar a operação mais complexa, mencionada.

Validando a separação existente como artifício didático, para elucidar aspectos procedimentais que, antes, passavam despercebidos aos que deixavam de lado as grandes linhas do drama processual para se apegarem às formas isoladas da operação total, perdendo a visão finalística do conjunto.²³

De acordo com Di Pietro não existe confusão entre processo e procedimento. O primeiro sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; e o segundo, procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.²⁴

²³JUNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 31 – 38.

²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 678-679.

Para Bandeira de Mello o tema processo ou procedimento administrativo é um dos mais importantes como instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas, e pouca importância os autores dispensaram acerca desse assunto, vindo a ser discutido com a edição da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, o que explica em parte a discreção existente sobre o tema.

Procedimento ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem todos a um resultado final e conclusivo, não fazendo distinção entre ambos.

Esclarece que o fato de se referir a procedimento ou processo é porque os autores e até as leis que tratam do tema divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há de se negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é procedimento, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo utilizado para os casos contenciosos a serem solutos por um “julgamento administrativo”, como ocorre no “processo tributário” ou nos “processos disciplinares dos servidores públicos”.

Entende ainda que não há necessidade de concentrar quanto ao rótulo a ser utilizado na definição, se processo ou procedimento. Sem embargo, crê que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é “processo”, sendo “procedimento” a modalidade ritual de cada processo. E que a partir da lei federal, e em sua referência, comece a se disseminar no país a linguagem “processo”.²⁵

Assim e em consonância com a Lei 9.784/99, fica o entendimento de que o uso da palavra “processo” de forma ampla é a mais utilizada pela doutrina majoritária brasileira.

Por fim, a noção de processo comporta a existência de uma relação jurídica entre as partes envolvidas. A noção de processo administrativo nem sempre tem sido pacífica entre os estudiosos, a começar pela falsa ideia de que o processo é sempre judicial.

Nos tópicos seguintes, abordar-se-á o conceito de processo administrativo, bem como alguns princípios que norteiam esse instituto.

²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 494 – 496.

3.3 Processo administrativo disciplinar

3.3.1 Conceito

Como definido anteriormente a repressão disciplinar somente adquire foro de legitimidade quando é concretizada com vistas a assegurar a regularidade do serviço público. Mas, para que tal finalidade se cumpra é necessário que a Administração Pública afaste, ao máximo, a possibilidade de incorrer em equívocos que possam prejudicar inocentes e favorecer culpados.

Daí, surge o duplo objetivo: garantir ao servidor acusado decisões justas e proporcionar ao serviço público um clima de bem-estar e segurança. Garantias essas que são pré-estabelecidas por meio do Processo Disciplinar ou Processo Administrativo Disciplinar.

A Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores da União, Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seu artigo 143 obriga a autoridade, que tiver ciência de irregularidades no serviço, a promover a sua imediata apuração por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, o que também está fundamentado na Lei 9.784/99.²⁶

Assim, é necessário conceituar o Processo Administrativo Disciplinar ou Processo Disciplinar no intuito de buscar uma definição clara e prática desse instituto, o qual será de grande importância para o desenvolvimento deste trabalho e assim adentrar no objetivo proposto inicialmente.

A Lei 8.112/90²⁷ no artigo 148, define o Processo Disciplinar como “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido”.

Diógenes Gasparini conceitua Processo Disciplinar como o procedimento formal, instaurado pela Administração Pública para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores autores e afirma que são dois os fundamentos que permitem à Administração Pública instaurar um Processo Administrativo dessa espécie, um constitucional, previsto no artigo 5º inciso LV que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa e do artigo 41, § 1º que exige processo administrativo para o despedimento de servidor estável, seja-lhe assegurada ampla defesa, e outro, legal com previsão na Lei 8.112/90 no artigo 143, citado anteriormente, e na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1.999.

²⁶BRASIL. Lei nº 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1407.

²⁷BRASIL. Lei nº 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1407.

O objeto do Processo Administrativo Disciplinar é sempre a apuração das infrações e a aplicação das penas correspondentes aos servidores da Administração Pública, autores das infrações, sem que isso signifique que sempre haverá apenação, pois a obrigatoriedade é de apuração sempre que a autoridade tiver conhecimento de infração.

Somente mediante esse processo é possível conceder as garantias constitucionais inerentes ao investigado.²⁸

Nesse sentido Gasparini²⁹ faz as seguintes observações:

“Cremos que, à vista do que prescreve o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), sempre que se tiver um servidor acusado de infração, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, pois só nessa espécie de processo podem realizar-se, efetivamente, essas garantias constitucionais. De sorte que, atualmente, é irrelevante qualquer discussão quanto à gravidade da infração para saber se comporta ou não processo administrativo disciplinar. Cremos, mesmo, que os institutos da *verdade sabida* (conhecimento pessoal da infração e aplicação direta da pena pela autoridade competente) e do *termo de declaração* (aplicação direta da pena em razão da confissão, em termo, do seu auto), previstos em lei como meios de aplicação de pena, estão proscritos de nosso ordenamento jurídico. As normas legais, anteriores à Constituição Federal de 1988, que os previam e regulavam não foram por essa Lei Maior recepcionadas. Assim, qualquer pena aplicada por esses meios é nula, inconstitucional, salvo se atender ao garantido pelo inciso LV do art. 5º da Constituição da República. Nesse caso, chamado de verdade sabida ou termo de declaração, tem-se, na realidade, processo administrativo disciplinar.”

Para Cretella Junior, processo administrativo disciplinar ou processo disciplinar é o “conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou o universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa”.

O seu objetivo é a tutela da hierarquia mediante à apuração imediata da falta cometida e, em seguida, da aplicação justa da pena cominada na legislação pertinente ao caso, ficando o Processo Administrativo Disciplinar restrito aos casos mais graves, mas que não tem por objeto a apuração de nenhum crime previsto no Código Penal, mas, tão só, o ilícito administrativo, de forma que a decisão proferida não ultrapasse a esfera administrativa.³⁰

José Armando da Costa corrobora com o entendimento de que o Processo Administrativo Disciplinar, com base nas disposições acima citadas, somente é dispensável

²⁸GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1103 – 1105.

²⁹GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1104 – 1105.

³⁰JUNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 82 – 83.

nas hipóteses de transgressões puníveis com penas de advertência e suspensão de até trinta dias.

Define Processo Disciplinar “como a sucessão formal de atos que, por determinação legal ou em consonância com os princípios jurídicos, são dinamizados com vistas a dar sustentáculo à lavratura do ato administrativo”.

O Processo Disciplinar se preordena a fornecer a precondition legal para a formalização do ato punitivo interno, conforme o regime disciplinar aplicável.

Por conseguinte, essa espécie comporta duas subespécies, em que somente a segunda é objeto desse estudo, a) sindicância disciplinar, que se propõe a apurar faltas sujeitas a punições leves (advertência e suspensão até trinta dias); e b) processo disciplinar, que se destina à apuração de transgressões reprimíveis com penas mais graves, tais como suspensão superior a trinta dias, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Salienta-se que a abordagem aqui realizada é no âmbito do regime disciplinar federal.

Como fornecedor básico à legítima decisão disciplinar, o Processo Administrativo Disciplinar não pode ser visto como elemento apenas para apuração de infração com fim punitivo, uma vez que concluído o processo a decisão poderá ter efeito condenatório ou absolutório. Assim deixando claro que esse ritual se propõe a apurar a verdade real dos fatos de forma a proporcionar subsídios consistentes às decisões proferidas.

O autor observa que, na prática, na própria lei ou nos regulamentos, costuma-se impor ao Processo Disciplinar as seguintes impróprias denominações: processo administrativo, inquérito administrativo ou procedimento administrativo, inclusive com distinções estabelecidas entre Processo Administrativo Disciplinar e Processo Disciplinar, como se fossem duas coisas distintas.

Sendo que, dentre essas terminologias atribuídas, a mais imprópria e inconveniente é “inquérito administrativo”, por refletir com intensidade a noção de inquisitorialidade, e não se adaptar bem à natureza jurídica do fenômeno a que se refere.

Comenta ainda José Armando, que a designação Processo Administrativo Disciplinar não é incorreta, mas é longa. Razão por que se prefere o uso do composto Processo Disciplinar, por ser este mais apropriado e sugerir com mais propriedade e robustez, o acatamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Providências imprescindíveis à validade do fenômeno jurídico em exame.³¹

³¹COSTA, José Armando. *Processo Administrativo Disciplinar*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 91 e 159-162.

Sobre a natureza jurídica do Processo Disciplinar em função do sistema de repressão disciplinar adotado por cada país, verifica-se que no Brasil vigora o regime de jurisdição una, o ato disciplinar, editado pela administração ativa, não tem definitividade jurídica, ou seja, não produz, em princípio, coisa julgada. Fica, portanto, sujeita ao controle da legalidade do Poder Judiciário, salvo se advir a decadência ou a prescrição.

O Processo Administrativo Disciplinar se sujeita às normas legais existentes no nosso ordenamento jurídico e, como não poderia ser diferente aos princípios que norteiam todo o sistema processual. Contudo se os princípios não forem devidamente observados, todo o processo terá seus atos anulados.

3.3.2 Princípios aplicáveis ao processo disciplinar

O Direito Processual Disciplinar é setor específico do Direito Administrativo e integra os vários ramos da ciência do Direito e como não poderia ser diferente deve obediência aos Princípios norteadores dessa matéria, que lhe servem de elementos informativos e interpretativos, os quais são fontes de aplicação desse setor.

Os Princípios são de entendimento mais amplo, largo, e a sua não observação é bem mais grave que transgredir uma norma, que é uma norma estreita, com menos alcance. Transgredir um princípio é, em tese, não observar várias regras, motivo pelo qual serão abordados aqueles de maior importância para o Processo Administrativo Disciplinar.

A Lei nº 9.784/99, no artigo 2º, *caput*, relaciona os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além destes existem ainda os princípios informadores de todo o Direito Administrativo: legalidade, moralidade, finalidade, autoexecutoriedade, autotutela, especialidade, continuidade, igualdade do administrado, presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo, indisponibilidade do interesse público, poder-dever do administrado, discricionariedade, vinculação do ato administrativo aos motivos declinados e hierarquia.³²

Quanto à definição desses princípios não há divergência discrepante entre os autores dessa área, convergindo todos ao mesmo entendimento.

Destarte, as definições apresentadas a seguir têm por base os conceitos definidos por José Armando da Costa, por se tratar de obra mais específica na área do

³²BRASIL. Lei nº 9.784/98. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1634.

Processo Administrativo Disciplinar, bem como dos princípios utilizados no Direito Administrativo com maior abrangência, de forma a tornar o trabalho mais didático.

Os princípios informativos do Direito Administrativo, segundo o autor citado, são os princípios da legalidade, moralidade, finalidade, autoexecutoriedade, autotutela, especialidade, continuidade, igualdade do administrado, presunção de verdade e legitimidade, indisponibilidade do interesse público, poder-dever do administrado, discricionariedade, vinculação do ato aos motivos declinados e o da hierarquia, os quais possuem as seguintes definições:

Princípio da legalidade é o que determina que a Administração Pública somente poderá fazer aquilo a que a lei autoriza, e qualquer situação contrária à sua determinação, torna nulo o ato praticado. Princípio norteador de todo o sistema normativo brasileiro que tem previsão na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso II, e art. 37, *caput*.

Princípio da moralidade é aquele relacionado à moral com os costumes saudáveis, ou seja, a conduta da pessoa que representa a Administração Pública, a qual deve ser honesta, honrada, virtuosa e proba e deve ser observada por todos aqueles que atuam como agente público, alcançando os três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse princípio tem previsão na Carta Magna, art. 37, *caput*. Na Administração Pública, o delito decorrente da falta de sua observação denomina-se improbidade administrativa, a qual subdivide-se em três modalidades: a) improbidade configuradora de enriquecimento ilícito; b) improbidade causadora de prejuízo ao erário; c) improbidade atentatória aos princípios da Administração Pública.

Princípio da finalidade tem como fundamento a satisfação do interesse público, ou seja, toda ação da Administração Pública deve estar voltada para a satisfação do interesse público e a concretização do bem comum da coletividade. Sua falta invalida o ato praticado, mesmo que no exercício de atribuição discricionária. Com base nesse princípio as comissões disciplinares, no exercício de suas atividades, devem buscar a verdade dos fatos, sejam eles favoráveis ou desfavoráveis ao servidor investigado.

Princípio da autoexecutoriedade consiste em que todo ato administrativo é autoexecutório, ou seja, ele não necessita da interferência de outro Órgão ou Poder para se tornar exequível. Porém existem excepcionalidades para aplicação desse princípio, como é o caso da execução fiscal e do ato de desapropriação.

Princípio da autotutela é o que garante a prerrogativa de que dispõe a Administração Pública em reaver seus bens utilizando-se de seus próprios meios. Esse princípio tem o fim de efetuar atos em defesa do patrimônio público, ou seja, reincorporar os

bens públicos ao Estado que foram desviados de forma ilegal para o patrimônio dos particulares.

Princípio da especialidade consiste na fiel execução do fim específico para o qual a pessoa jurídica de direito público foi instituída. Sua inobservância é causa de nulidade e invalidade do ato praticado.

Princípio da continuidade é o que visa dar continuidade aos serviços públicos, embora a Constituição Federal, no art. 37, incisos VI e VII, garanta o direito de greve, deve ser observado que tal direito tem limites, conforme estabelecido em lei. Desse princípio decorre a vedação do abandono de cargo ou função, que afeta diretamente a continuidade dos serviços públicos, configurando infração disciplinar.

Princípio da igualdade do administrado impõe à Administração Pública tratar todos de modo isonômico, ou seja, todos que estejam em iguais condições e preencham os requisitos exigidos pelas leis e regulamentos devem ter os mesmos direitos perante o Estado, devendo ser observadas as diferenças existentes. Daí, dizer que o princípio da isonomia trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Princípio da presunção de verdade e legitimidade consiste na presunção relativa de veracidade e legitimidade dos atos administrativos executados pela Administração Pública. Esses atos são tidos como válidos até prova em contrário, e cabe àquele que alega arcar com o ônus da prova. Destaque-se que essa presunção não cabe aos processos disciplinares, o que afrontaria diretamente o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que as provas produzidas pela Administração não gozam desse privilégio e devem ser colocadas à disposição do acusado para contestação.

Princípio da indisponibilidade do interesse público consiste na proibição da Administração Pública de dispor ou renunciar ao interesse público. Assim, todos os atos e as ações da Administração devem visar ao interesse público e tal poder somente é atribuído ao Estado, único e legítimo titular desse interesse.

Princípio do poder-dever do administrador consiste nas atribuições que são conferidas aos administradores públicos para alcançar os objetivos da Administração. Razão da obrigatoriedade de agir do Estado toda vez que os interesses públicos estiverem em jogo.

Princípio da discricionariedade trata da oportunidade e conveniência, ou seja, o juízo sobre a oportunidade e a conveniência de ser, ou não, realizado o ato administrativo. Esse princípio tem ligação direta com o da vinculação, pois a discricionariedade é sobre a oportunidade e a conveniência da realização do ato, sendo este vinculado. Não contempla injustiças e deve observar os objetivos de interesse público.

Princípio da vinculação do ato aos motivos declinados consiste na vinculação do ato aos motivos apresentados, ou seja, se um ato foi praticado em razão de um determinado motivo, e posteriormente constata-se que nunca existiu, o ato terá sua validade comprometida. Daí, dizer que, embora o ato seja discricionário, ele vincula-se aos motivos alegados e toda a forma de validação dos atos administrativos.

Princípio da hierarquia enuncia que os que estão em posição hierárquica inferior devem obediência, nos limites da lei, aos que estão em colocação imediatamente superior. Deste princípio decorrem as revisões dos atos, em que o superior pode revogar ou anular o ato praticado pelo subordinado de ofício ou a requerimento da parte; o dever de obediência, obrigando o inferior hierárquico a cumprir as ordens superiores, desde que não manifestamente ilegais; e a aplicação de sanções, na qual o superior hierárquico pode impor sanções disciplinares.

Quanto aos princípios específicos ou reitores do Processo Disciplinar, José Armando relaciona e traz os seguintes princípios: da legalidade objetiva, publicidade, oficialidade, observância da forma, ampla defesa e do contraditório, pluralidade das instâncias, economia processual, informalismo, verdade material e o da celeridade processual, os quais podem assim serem definidos:

Princípio da legalidade objetiva consiste na obediência à lei de todo o processo administrativo disciplinar. O processo deve ter sua instauração e o seu desenvolvimento com fundamento na legislação vigente, observando todos os seus comandos e princípios norteadores do processo. A inobservância desse princípio pode levar à invalidação de todo o procedimento.

Princípio da publicidade visa à transparência do serviço público, com o fim de dar oportunidade à fiscalização da população quanto às atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Assim, desde que o ato não esteja amparado pelo sigilo, conforme previsão em lei, será público e de acesso a todos os que se interessarem. Tal princípio também está previsto na Constituição Federal, art. 37, *caput*.

Princípio da oficialidade orienta que o procedimento disciplinar, seja qual for, deve ser feito por impulso oficial. A comissão é a responsável pelo procedimento e lhe compete impulsionar ou conduzir todo o procedimento realizado, mesmo que tenha que, em alguns momentos, realizar, a pedido das partes, diligências. Mas, não pode a comissão disciplinar deixar que as partes conduzam o processo sob pena de incorrer em infração disciplinar por afrontar esse princípio. Ainda que o processo tenha sido instaurado com base em denúncia de particular, o processo deve ser conduzido pela comissão processante desde o

seu início até o seu encerramento, ficando a comissão responsável em todos os procedimentos por impulsionar oficialmente.

Princípio da observância da forma consiste no entendimento de que os atos processuais devem observar as formas e os procedimentos estabelecidos em lei. Porém, conforme o autor citado, no processo disciplinar esse formalismo só é de rigor quando a sua inobservância afete o direito de defesa.

Princípio da ampla defesa e do contraditório com previsão na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LV, são dois princípios distintos ligados intrinsecamente. Este princípio é responsável pela garantia de que o acusado dispõe para ter acesso a todos os procedimentos realizados pela comissão com o fim de proporcionar a sua defesa e contestação das provas produzidas. A sua inobservância pode gerar nulidade. Assim, nenhuma punição disciplinar poderá ser imposta sem antes proporcionar ao acusado todos os recursos necessários à sua defesa.

Princípio da pluralidade das instâncias consiste na oportunidade de recorrer à instância superior hierarquicamente àquela que impôs a sanção. A instância administrativa superior poderá sempre de ofício ou por provocação do interessado, ser instaurada para reprocessar a questão disciplinar que fora processada no órgão hierarquicamente inferior. Decorre do poder que a Administração Pública detém de anular ou revogar os seus próprios atos, quando eivados de ilegalidades ou considerados inconvenientes ou inoportunos. Nesse caso os remédios recursais são: o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e a revisão processual.

Princípio da economia processual enuncia-se na ideia de que devem ser evitados os procedimentos rigorosos que não são essenciais à elucidação dos fatos. A finalidade é de evitar onerar, ainda mais, a Administração Pública, sem nenhuma vantagem para o servidor imputado. Diante desse entendimento, para se abrir um procedimento disciplinar, é necessário que exista um mínimo de viabilidade condenatória para o servidor acusado.

Princípio do informalismo consiste na dispensa do rigor formal, mas desde que não prejudique a essência da verdade. A dispensa desses rigores sujeitará o fim da justiça e da legalidade. Assim, não devem os atos processuais ficarem aferrados aos formalismos ultrapassados.

Princípio da verdade material autoriza a Administração, dentro dos procedimentos legais que norteiam o processo disciplinar, a receber e levar em conta qualquer elemento de prova que tenha chegado ao conhecimento dos membros da comissão

processante. Frise-se que todas as provas devem ser colocadas à disposição do acusado, para o exercício do seu legítimo direito de defesa.

Princípio da celeridade processual impõe que o processo e os meios, judicial ou administrativo, devem ter razoável duração que garanta o exercício do contraditório e da ampla defesa. O processo deve durar somente o necessário para esclarecimento dos fatos, pois a duração indevida e injustificável acarreta nulidade substancial. A falta de celeridade processual não poderá jamais favorecer a parte que lhe tenha dado causa.³³

Os princípios são regras norteadoras de todo o sistema jurídico brasileiro e podem ser extrínsecos ou intrínsecos. A abordagem aqui realizada, bem como os conceitos utilizados, foi com objetivo de avançar o estudo na área específica do Processo Administrativo Disciplinar.

A Lei nº 9.784/99, elenca em seu artigo 2º os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, porém, deixou-se de comentar alguns deles, conceitos que serão dados mais adiante quando da abordagem específica da lei em comento.³⁴

O Processo Administrativo Disciplinar tem previsão tanto na Lei nº 9.784/99 quanto na Lei nº 8.112/90, as quais serão tratadas em seguida, como forma de demonstrar o papel desse instituto em suas diversas abordagens.

3.3.3 Processo Administrativo Disciplinar à luz da Lei 8.112/90

A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, instituiu o Regime Jurídico Único para os servidores públicos, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 39, o qual prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituem, no âmbito de suas competências, regime jurídico único e plano de carreira para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Com a Emenda Constitucional nº 19, publicada no Diário Oficial da União de 5 de junho de 1998, que alterou o art. 39 da Constituição Federal, o Regime Jurídico Único sofreu forte alteração retornando assim ao sistema anterior, em conformidade com o art. 37, incisos I e II, da Carta Magna inserido pela referida Emenda Constitucional, estabelecendo regras para acesso aos cargos, empregos e funções públicas e que a investidura em cargos públicos se dará após aprovação

³³COSTA, José Armando. *Processo Administrativo Disciplinar*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 51 – 63.

³⁴BRASIL. Lei nº 9.784/98. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1634.

prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo as exceções previstas em lei.³⁵

Com essa Emenda, a Lei nº 8.112/90, estabeleceu o Estatuto do Servidor Público Federal, em substituição à Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que tratava do Estatuto dos Servidores Cíveis da União, inclusive transformando os empregos públicos em cargos públicos, disposto no seu art. 243.

Essa lei regula os direitos e as vantagens dos servidores públicos estatutários, detentores de cargos públicos, sem abranger os celetistas que são regidos pela legislação trabalhista de uma forma geral.

No que se refere a processo administrativo disciplinar a referida lei trata a partir do art. 143, a qual estabelece que qualquer autoridade tomando ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurando ao acusado ampla defesa. Do art. 148, a lei adentra especificamente no processo disciplinar estabelecendo todo seu regramento, desde a instauração até a conclusão dos trabalhos pela comissão.³⁶

Porém, deve-se considerar que o processo disciplinar não poderá ser instaurado para apurar fatos que não estejam ligados aos deveres das atribuições dos servidores investigados, ficando restrito somente ao exercício irregular da atividade funcional do servidor público, caracterizado pelo descumprimento aos deveres ou pela inobservância às proibições devidamente comprovadas ou pelo fato da existência de fortes indícios dessas infrações, as quais deverão ser apuradas.

Mauro Roberto Gomes de Mattos³⁷ tece o seguinte comentário acerca da utilização do processo disciplinar:

“A apuração, na instância administrativa, é inerente à falta disciplinar, não sendo lícito transportar uma investigação penal, para o âmbito do PAD se não for comprovado uma falta ao exercício da função. Ou seja, uma sanção penal, não necessariamente, possui reflexo na esfera administrativa. É necessário o nexo causal entre o ilícito investigado com o exercício da função.
[...] Por ser vinculado a uma falta funcional no exercício da função, a Administração não é livre para resolver sobre a conveniência ou a oportunidade da instauração do processo administrativo disciplinar: “Trata-se de ato vinculado, em relação a ele, a Administração não é livre para resolver sobre a conveniência ou a oportunidade da punição, como ocorre nos atos decorrente do exercício de poder discricionário.[...]”

³⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

³⁶BRASIL. Lei nº 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1407.

³⁷MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 779 e 781.

Embora a Lei nº 8.112/90 trate do processo administrativo disciplinar com muita propriedade e clareza, o legislador buscou abordar com mais especificidade o assunto quando da publicação da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual será objeto de abordagem do próximo tópico.

3.4 Comentários acerca da Lei 9.784/99

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é lei específica no que se refere a processo administrativo disciplinar, editada para uniformizar o sistema processual administrativo no âmbito dos órgãos e pessoas federais, assim a Lei nº 8.112/90 passou a ser utilizada de forma *lato sensu* com relação à conduta do processo disciplinar.

Como forma de delimitar o assunto, será abordado nesse tópico somente os artigos 1º e 2º, do capítulo II, que trata Das Disposições Gerais, por abranger a área de atuação e os critérios que os administradores públicos devem observar, além dos princípios norteadores do processo administrativo. A abordagem será feita com base na obra de José dos Santos Carvalho Filho³⁸.

Segundo Carvalho Filho, entre os estudiosos dessa área existe divergência a respeito da noção de processo administrativo, pela falsa ideia de que o processo tenha que ser sempre judicial. Pois, pelo fato de apenas no processo judicial ser exercida a função jurisdicional típica não descaracteriza o processo administrativo de sua qualificação nem suprime sua condição de modalidade do processo como categoria geral.

Como já abordado, o processo administrativo tem natureza não litigiosa, o que já explicitamente difere do processo judicial que tem natureza litigiosa.

Ainda segundo Carvalho Filho, observa-se que o artigo 1º estabelece normas básicas e que devem incidir sobre os processos administrativos federais. Porém, considera que essas normas básicas não são as únicas regras incidentes, mas que devem ser aplicadas com prevalência sobre quaisquer outras. Verifica-se ainda que o interesse público é o fim da administração estatal, de maneira que o administrador pode utilizar-se de regras complementares para determinados casos em razão de certas particularidades, mas nunca ofensivas às normas básicas.

³⁸FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Dessa forma, fica claro que o administrador público terá certa margem de liberdade em sua atuação, principalmente nos processos de rotina administrativa em que não há interesse direto de nenhum indivíduo.

Frisa o referido autor que a lei é o instrumento idôneo para enunciar normas gerais de processo administrativo em todos os setores públicos, de acordo com a competência do respectivo ente federativo. Essa afirmação funda-se no princípio da legalidade, que se torna necessário a edição de lei para que possa compelir o indivíduo a determinado dever jurídico no processo, ajustando-se ao art. 5º da Constituição Federal.

Sobre a incidência da Lei nº 9.784/99, a Administração Federal contempla todos os órgãos e pessoas administrativas federais, no momento em que estabelece a aplicação das normas básicas sobre a Administração Federal Direta e Indireta.

Entretanto, é preciso considerar que, devido ao regime de federação brasileiro outorgar autonomia às unidades que o compõem, não poderia a lei federal estabelecer normas para as demais esferas. O que não proíbe que um Estado ou Município se utilize da lei em comento.

Os Estados e Municípios que pretendem disciplinar essa matéria devem providenciar suas próprias leis, mas não estarão vinculadas a todas as normas contidas na Lei nº 9.784/99, ficando sua vinculação restrita aos princípios e normas constitucionais.

A despeito dessa desvinculação, alguns Estados que possuem leis sobre o processo administrativo optaram por seguir a disciplina federal, ou seja, muitos de seus institutos foram preservados na regulamentação por esses entes, já que a lei federal apresenta-se com desejável e inovador microssistema.

É de se considerar que a Lei nº 9.784/99 não incide sobre os processos específicos conforme previsto no art. 69, salvo de forma subsidiária. Cabe esclarecer que processos específicos são aqueles que têm previsão em lei própria, por exemplo, o processo fiscal.

Assim, a lei em comento destina-se aos processos genéricos, ou seja, àqueles destituídos de procedimento estabelecido em lei, mas necessário ao exercício da função administrativa.

Essa lei objetiva a contemplar os direitos dos administrados e a eficiência administrativa, como um de seus objetivos expressados no art. 1º.

Aos administrados verificam-se os direitos já contemplados na Constituição Federal, como o direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, “b”), o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), o direito à

moralidade administrativa e à publicidade (art. 37, *caput*), o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV) dentre outros. Mesmo assim, esses direitos são apresentados em sentido amplo, necessitando de serem regulamentados para sua efetivação. E como um dos objetivos a ser alcançado, com a edição da Lei 9.784/99, foi assegurar a efetiva proteção ao direito dos administrados em face da Administração.³⁹

Outro objetivo buscado pela referida Lei, é a eficiência administrativa, também contemplado no art. 1º, quando diz “ao melhor cumprimento dos fins da Administração, estabelecendo consonância com o princípio constitucional da eficiência que visa enfrentar a travada burocracia da esfera administrativa, a perda e o desvio de recursos financeiros e o atraso tecnológico de alguns setores.”

Conforme Carvalho Filho, eficiência traduz a ideia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público, acarretando a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados.

Outro ponto observado é a definição de interesse público em que o autor atribui caráter plurissignificativo e representa um conceito jurídico indeterminado, por estar despido de conteúdo definido e admitir valorações diferenciadas em virtude da visão em que se coloque o autor da valoração, o certo é que, conforme unanimidade dos estudiosos, indica algum tipo de atividade que, direta ou indiretamente, ofereça benefícios primários ou secundários à coletividade. Não importando se o interesse direto é do Estado ou da coletividade, em que parte da doutrina tem denominado de interesse público primário e secundário, ou seja, se a atividade alcança diretamente a coletividade é indiscutível que se cuida de interesse público, mas se beneficia diretamente o Estado é evidente que a coletividade, por ele representada, também vai auferir o benefício, mas de forma indireta.

A supremacia do interesse público constitui postulado fundamental da Administração, visto que se põe em situação de prevalência o interesse público no caso de colisão com o interesse privado.⁴⁰

Dos princípios já anteriormente comentados, o princípio do interesse público, no processo administrativo, está intimamente associado aos princípios da finalidade e da moralidade. O princípio da finalidade tem como elemento de composição exatamente o interesse público que os administradores devem perseguir, razão por que, se outro é o

³⁹FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39-79.

⁴⁰FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7 e 39-79.

interesse alvejado, será irremediavelmente inválida a conduta administrativa. Já no princípio da moralidade, agindo contra os preceitos éticos que devem inspirar a conduta, o administrador estará se distanciando do interesse público, afetando diretamente os interesses da coletividade, pois a ofensa à moralidade se reflete sempre na busca de objetivos particulares.

Em suma, o princípio do interesse público deverá ser observado no processo administrativo, seja qual for o objetivo a ser alcançado pelo administrador, e quando da sua inobservância será invalidado por estar proporcionando vantagens ou gravames aos interessados.

Na obra em comento de Carvalho Filho, o autor faz menção ao parágrafo 2º da lei, em que, nos procedimentos administrativos, o administrador deverá observar, entre outros, alguns critérios, os quais estão relacionados nos incisos I a XIII.

O *caput* do art. 2º enumera os princípios e o parágrafo único cita critérios, critérios estes que convém examinar os seus significados no contexto legal.

Crítérios são os meios que os administradores devem adotar para apreciação de coisas e pessoas no processo administrativo, considerando que o sentido guarda compatibilidade com o modo de proceder (*modus agendi*) daqueles que intervêm no processo e praticam atos integrantes do procedimento.

Tais critérios apesar de tratarem de imposições de condutas dirigidas ao administrador não podem, de forma alguma, deixar de atrelar-se aos princípios norteadores do processo, sob pena de serem considerados nulos. Por guardarem grande consonância com os princípios aplicados aos processos administrativos já comentados anteriormente, abordar-se-á somente quatro desses critérios, o da legalidade, da finalidade, da proporcionalidade e o da motivação, por estarem diretamente relacionados com o tema deste trabalho.

O critério relativo à legalidade preceitua que o administrador deve observar tanto a lei como o direito ao conduzir o processo em seus procedimentos, ou seja, sua atuação deve ser compatível com a lei.

Por sua vez, o critério relativo à finalidade se correlaciona com outros três critérios. Primeiro, o interesse público citado no inciso II do parágrafo único, do art. 2º, ao apontar “interesse geral” e se referir ao interesse público, o qual direciona o agente da Administração e consubstancia o princípio da finalidade. O outro critério, citado no inciso III, é o da objetividade no atendimento do interesse público, proibindo a promoção pessoal, cujo sentido é o mesmo do inciso anterior, ou seja, a proteção ao princípio da finalidade, uma vez

que toda autoridade no exercício de atividade administrativa é necessariamente um agente público, sendo vedada a autopromoção.

O outro inciso que se correlaciona diretamente com a finalidade é o inciso XIII, o qual afirma que a interpretação da norma administrativa deve ser feita de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação, ou seja, o administrador público deve analisar a norma jurídica com o objetivo voltado ao atendimento do interesse coletivo.

O terceiro critério é o da proporcionalidade que guarda consonância com o princípio da proporcionalidade, já visto anteriormente, e indica que nenhum gravame imposto ao indivíduo deve ter dimensão maior do que a exigida pelo interesse público. O inciso VI, remete diretamente ao princípio citado, ao colocar que a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Trata da adequação entre os meios e os fins, uma vez que a adequação da conduta tem relevância no processo administrativo.

Por último, o critério relativo à motivação, no inciso VII, que se refere à indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinem a decisão, guardando pertinência ao princípio da motivação, já comentado, a despeito que todo ato deve ser motivado por tratar-se de requisito de validade. Todavia, nem todo ato terá motivação.⁴¹

Da forma como está descrito acima, não há de se levar em conta o art. 50⁴² dessa lei como absoluto, segundo o qual a motivação será obrigatória nos casos nele elencados.

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

⁴¹FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39-79.

⁴²BRASIL. Lei nº 9.784/98. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1637.

Depreende-se que aqueles atos administrativos não previstos nesse inciso e que não afetem a órbita jurídica dos envolvidos, não carecem de indicação dos pressupostos de fato e de direito.

Dois princípios devem ser observados e harmonizados nesse critério, o princípio da garantia dos administrados que conduzem o administrador a aferir as razões que o levaram a manifestar sua vontade em nome da Administração. E o princípio do informalismo, segundo o qual deve haver certa flexibilização na interpretação dos atos e de suas formas, com o objetivo de impedir que estas sejam um fim em si mesmas, e não um instrumento do objetivo final da vontade.

Dessa forma, entende-se que, ocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 50, o administrador estará obrigado a motivar seus atos por elas serem taxativas. Caso contrário, não estará o administrador obrigado a motivá-los, salvo, se entender conveniente e oportuno.

3.5 Análise do ilícito penal e da infração disciplinar residual apurados no processo administrativo disciplinar

O processo administrativo disciplinar, como já visto, não tem natureza litigiosa, pois não há conflito de interesses como ocorre no processo penal. A sua natureza é graciosa, visto que apenas a Administração Pública é a interessada.

Cabe ainda fazer algumas considerações acerca do Sistema de Repressão Disciplinar que vigora no Brasil.

Segundo José Armando o sistema de repressão é o modo pelo qual a sanção disciplinar é aplicada ao caso concreto. E, no Brasil, o sistema adotado é o semijurisdicionalizado, porquanto os traços caracterizadores desse sistema estão presentes no Direito Disciplinar Positivo Brasileiro, quais sejam: a) previsão legal das faltas e sanções disciplinares mais graves; b) exigência de procedimentos apuratórios de transgressões, cujo rigor varia de conformidade com a natureza quantitativa e qualitativa da pena a ser imposta; c) garantia do direito de defesa na apuração de todas as faltas disciplinares; e d) existência de controle interno, pela via recursal hierárquica, e de controle externo, pelo exame de legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

No Brasil, o sistema de repressão disciplinar é considerado por alguns especialistas da área como uma colcha de retalhos, pois ainda carece de uma legislação sistemática que facilite o seu manuseio e compreensão.⁴³

José Armando⁴⁴ faz o seguinte comentário sobre a falta de uma legislação específica que trate do Direito Disciplinar e a pouca atenção dispensada a essa matéria:

“Essas deformações são devidas não só à inexistência de uma legislação sistemática mais aperfeiçoada, como muito mais ainda à falta de uma consciência jurídica nacional nesse setor. Onde se incluem dirigentes de repartições, servidores, advogados e juízes.

Não se desconhece a validade de uma legislação moderna, mas entende-se que ela pouco adiantará, se não se fizer acompanhar do amadurecimento jurídico de tantos quantos se envolvam, de uma forma ou de outra, na dinâmica da repressão disciplinar.

Deixando um chefe hierárquico de pôr em funcionamento o seu poder disciplinar, quando exijam as circunstâncias, ou o exercitando de modo irregular e injusto, estará, em qualquer das duas hipóteses, prestando grandes desserviços à causa da Administração. Já que tais distorções somente servem para arruinar mais ainda o serviço público deste imenso país.

Resignando-se diante de injustiças disciplinares, estará o servidor punido contribuindo para eternizar o mal proceder da autoridade administrativa, e o encorajando a que cometa mais desvios em desfavor de outros funcionários. Não se conformando, poderá invocar a tutela jurisdicional do Estado (controle externo). Mas, se não encontrar causídicos hábeis nessas questões, ou juízes com maiores conhecimentos da matéria, os gritos por justiça ficarão contidos na garganta desses injustiçados servidores. E, ainda por cima, se terá sacramentado o desvio de poder disciplinar. Tudo isso, sem dúvida, redundará em sérios prejuízos à regularidade do serviço público.

O maior prejudicado em tudo isso é o povo, que contribui para o erário e desfruta de um serviço público que deixa muito a desejar.”

Esse entendimento vem reforçar o tema deste trabalho, que é realizar uma análise crítica da forma como é conduzido o ilícito penal apurado dentro do processo administrativo disciplinar. E como o campo de incidência é muito amplo, a análise deste trabalho realizar-se-á especificamente nos procedimentos realizados no âmbito do Distrito Federal bem como a legislação aplicada para essas situações.

Em sentido genérico, os procedimentos disciplinares visam a dois objetivos básicos: a apuração do ilícito disciplinar e o servir como suporte legal à lavratura do correspondente ato punitivo.

⁴³COSTA, Jose Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 83-87.

⁴⁴COSTA, Jose Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 87.

As legislações que tratam dessa matéria trazem em seu bojo o rol das infrações disciplinares, classificadas como leves, médias e graves, elencando cada uma delas e tipificando sua conduta.

A Lei 8.112/90⁴⁵ no art. 123, trata da responsabilidade penal abrangendo os crimes e contravenções imputadas aos servidores públicos nessa condição, o parágrafo único do art. 154 faz referência à forma de conduta do ilícito penal no processo disciplinar:

“[...] Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.”

Outra referência está no art. 171, o qual diz:

“Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.”

Observa-se que nos dois artigos acima citados não há tratamento dispensado sobre a forma de como se deve proceder na apuração do ilícito penal na esfera administrativa, restringindo-se apenas no envio do processo ao Ministério Público e reafirmando a independência entre as duas esferas.

Segundo o Supremo Tribunal Federal⁴⁶, o instituto da independência das instâncias possibilita o julgado nas duas esferas concomitantemente, conforme jurisprudência:

“EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Militar. Sub-Oficial. Prática de ato qualificado como crime e infração disciplinar. Recebimento de denúncia na esfera criminal. Instauração simultânea de procedimento administrativo disciplinar. Admissibilidade. Independência relativa das instâncias jurisdicional e administrativa. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Precedentes. Servidor público pode, ao mesmo tempo, responder a processo judicial penal e a procedimento administrativo disciplinar pela prática do mesmo ato.(RMS 26510, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00447).

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PODER DISCIPLINAR. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO QUE EXCLUI LOGICAMENTE A ALEGAÇÃO DA PARTE. EXTEMPORANEIDADE DA CONCLUSÃO DO PROCESSO

⁴⁵BRASIL. Lei nº 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1405-1409.

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 26510, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00447. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 27967, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+administrativo+disciplina+r+independencia+das+instancias%29&base=baseAcorda os>>. Acesso em: 16 set. 2012.

ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ART. 169, § 1º, LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ABSOLVIÇÃO NA SEARA PENAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS. ART. 66 DO CPP E ART. 935 DO CC. REVISIBILIDADE DE ATOS DISCIPLINARES PELO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO QUE, CONTUDO, NÃO PERMITE CONCLUIR PELA SUA INEXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A motivação das decisões judiciais, dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição, resta satisfeita quando os fundamentos do julgado repelem, por incompatibilidade lógica, os argumentos que a parte alega não terem sido apreciados. Precedentes (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118; RE 437831 AgR-ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 03-03-2006 PP-00072 EMENT VOL-02223-03 PP-00595 RTJ VOL-00201-02 PP-00783). 2. O art. 169, § 1º, da Lei nº 8.112/90 dispõe de modo expresso que o julgamento do processo administrativo disciplinar fora do prazo legal não implica a sua nulidade, devendo a parte demonstrar o prejuízo advindo da mora na conclusão do feito. Precedentes (MS 23597, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, julgado em 28/02/2003, publicado em DJ 12/03/2003 PP-00023). 3. A absolvição na seara penal, quando fundada apenas na insuficiência de provas, não tem o condão de obstar a imposição da sanção administrativa, ante a independência entre as instâncias preconizada pelo art. 66 do CPP e pelo art. 935 do CC. Doutrina (CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 156). Precedentes (MS nº 21.708-DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Rel. para o acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, Julgado em 9-11-2000 e veiculado no DJ de 18-5-2001; MS 22155, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/1995, DJ 24-11-2006 PP-00064 EMENT VOL-02257-03 PP-00600 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 167-189). 4. O Judiciário pode rever a imposição de sanções disciplinares quando escassa e frágil a prova utilizada para embasar a punição. Precedentes (MS 23041, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-02 PP-00347). 5. In casu: (i) o recorrente foi acusado, na seara administrativa, de ter solicitado propina para deixar de lavrar autos de infração em desfavor de uma empresa de transporte, bem como de ter imposto multas indevidas ante a recusa de pagamento da suposta peita; (ii) as únicas testemunhas ouvidas foram os motoristas dos veículos vistoriados (conforme fls. 230) e o dono da empresa de transportes multada (fls. 233), sendo que o fator isolado considerado como afixador dos aludidos testemunhos foi a posterior invalidação das multas aplicadas, sem motivação (fls. 233). 6. A ausência de liquidez e certeza do direito, malgrado afaste o cabimento do mandado de segurança, não deve conduzir à prematura fulminação da pretensão material que o demandante eventualmente possua, devendo restar abertas as vias ordinárias para que comprove a ilegalidade do ato vergastado. 7. Recurso parcialmente provido, reformando-se o acórdão para denegar a ordem tão somente em razão da ausência de liquidez e certeza do direito, assegurando-se ao postulante, as vias judiciais ordinárias. (RMS 27967, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012).”

José Armando⁴⁷ em sua obra faz a seguinte observação acerca do procedimento a ser realizado na Administração Pública:

“Se a falta imputada ao acusado consistir no cometimento de um dos crimes contra a Administração Pública (art. 132, inciso I, da Lei 8.112/1990), a repressão disciplinar somente poderá ser posta em prática depois da prolação da sentença penal condenatória.

Despercebendo essa questão e mandando instaurar processo disciplinar para apurar essas infrações, terá a autoridade hierárquica agido em desacordo com o direito e com a orientação normativa do DASP (Formulação 128). Nesse caso, isto é, uma vez instaurado o processo, deverá a comissão encarregada, em expediente fundamentado, levantar o incidente de sobrestamento do processo.

Provido o incidente, será o processo suspenso até que sobrevenha o decisório criminal.

Na alternativa reversa, deverá o processo seguir normalmente todas as suas fases.

Advirta-se que, nesses casos, a sentença penal, quer seja condenatória ou absolutória, faz coisa julgada na instância disciplinar.

Não se confunda, todavia, essa punição disciplinar dependente de sentença penal condenatória com a perda de cargo público como efeito não automático da condenação penal, nos termos do art. 92 do Código Penal. Pois que esta, embora repercutindo na situação funcional do servidor condenado, configura efeito de natureza administrativa provindo da condenação criminal. Enquanto que aquela, a despeito de fundamentar-se na ocorrência de uma infração penal, guarda sua característica de reprimenda disciplinar.

Em apoio ao esforço discriminatório acima, esclareça-se, ainda, que o efeito da condenação consistente na perda da função pública (exasperação punitiva de índole criminal) decorre da prática de qualquer ilícito penal praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a administração. E isso desde que a pena imposta seja superior a quatro anos. Já a pena de demissão (de índole disciplinar), com base no art. 132, inciso I, do regime do servidor federal, exige apenas que o crime seja praticado contra a administração pública. Dispensando o quantitativo da pena imposta e a circunstância de que tenha o servidor agido com o abuso de autoridade.

Advirta-se, contudo, que em relação ao delito disciplinar previsto no inciso X do art. 132 do mesmo diploma legal supramencionado, embora possa a hipótese de incidência ali definida enquadrar-se no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), não sobrevive essa dependência da instância penal, podendo a Administração Pública louvar-se apenas do processo administrativo disciplinar.”

Verifica-se, nesse breve relato acima, que, apesar de a lei declarar independência entre as instâncias administrativa e penal, existe uma forte influência das decisões oriundas da esfera penal sobre a administrativa, o que enseja no mínimo um contrasenso na legislação, uma vez que, no caso de crime previsto no art. 132, inciso I, da Lei 8.112/1990, a Administração fica condicionada a aguardar pela decisão oriunda do processo penal, conforme definição do autor em comento.

⁴⁷COSTA, Jose Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 202-203.

Da mesma forma, a Lei 9.784/1999, que trata exclusivamente da regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e já comentada neste trabalho, não faz nenhuma referência sobre a forma de condução do ilícito penal verificado dentro do processo administrativo disciplinar. Restringindo-se apenas à sua aplicação como subsidiária àqueles processos disciplinares que possuem legislação própria.

No âmbito do Distrito Federal, foi editada a Portaria nº 16, de 24 de janeiro de 2003, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 27/01/03, a qual instituiu o Módulo de Procedimento Disciplinar, integrante da Parte I – Recursos Humanos, do Manual de Normas e Procedimentos Administrativos, que estabelece os procedimentos operacionais relativos à apuração de ilícitos administrativos, por meio de Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Distrito Federal. Essa portaria levou em consideração a Lei 8.112/90, recepcionada no Distrito Federal pela Lei nº 197, de 04 de dezembro de 1991, bem como sua legislação específica referente à matéria de recursos humanos, da mesma forma considerou as disposições contidas na Portaria SGA nº 652, de 20 de setembro de 2002 que instituiu o Manual de Normas e Procedimentos contemplando as áreas de Recursos Humanos, Logística e Modernização.

No módulo citado acima e utilizado pelos órgãos da Administração Pública no Distrito Federal, verifica-se que a norma norteadora dos processos disciplinares é a Lei nº 8.112/90, com alguns acréscimos conceituais como os constantes do Título I – Da obrigação de Apurar, subdividindo-se nos itens 1.1 – Apuração do Ilícito Administrativo - Competência.⁴⁸

Sobre responsabilidade penal o título I do referido módulo⁴⁹ item 1.2.3, faz a seguinte menção:

“A responsabilidade penal decorre da prática de crime ou de contravenção penal pelo servidor no exercício do cargo ou em razão do mesmo (artigo 123 da Lei Federal nº 8.112/90).

A absolvição criminal só afasta a responsabilidade civil e administrativa quando declarar a inexistência do fato ou afastar a autoria do crime (artigo 126 da Lei Federal nº 8.112/90 e artigo 66 do Código de Processo Penal).

A absolvição do réu-servidor, quando não afastada a autoria ou negada a ocorrência do fato, não impossibilita a aplicação de pena disciplinar.

Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (artigo 65 do Código de Processo Penal).”

⁴⁸ ÁVILA, Tânia. *Curso de Procedimentos Disciplinares*: módulo I. Brasília: Escola de Governo do Distrito Federal, 2003. p. 6-8.

⁴⁹ ÁVILA, Tânia. *Curso de Procedimentos Disciplinares*: módulo I. Brasília: Escola de Governo do Distrito Federal, 2003. p. 7 e 33.

No Título III, item 3.2.2, que trata da cominação/fixação de pena, tratou os ilícitos tipificados no Código Penal da seguinte forma:

“A Comissão de Inquérito há de evitar fazer menção, em termos de capitulação de faltas ensejadoras de pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade a qualquer dos “Crimes contra a Administração Pública” tipificados nos artigos 312 a 326 do Código Penal, mas, antes, referir-se-á, tão somente, aos ilícitos essencialmente administrativos, previstos na Lei nº 8.112/90.

Nesse caso, configurada a ocorrência de ilícito administrativo também capitulado como crime, cumprirá à Administração, por intermédio da Procuradoria, encaminhar a via original dos autos do Processo Administrativo Disciplinar ao Ministério Público para a propositada ação penal cabível contra o servidor indiciado por prática de “Crime contra a Administração Pública” (parágrafo único do artigo 154 da Lei Federal nº 8.112/90) (vide JURISPRUDÊNCIA nº 01).

Se o servidor-réu for absolvido na ação penal por inexistência do fato criminoso ou por negativa de autoria, ele não mais poderá ser alcançado por pena disciplinar administrativa, de qualquer natureza, em razão da prática ilícita ao mesmo imputada, cabendo à autoridade julgadora, observada a dupla hipótese, encerrar o Processo Administrativo Disciplinar por falta de objeto ou pela exculpação do indiciado (artigo 126 da Lei Federal nº 8.112/90).

Em ocorrendo a absolvição judicial do servidor por qualquer outro fundamento ou a sua condenação criminal, sujeitar-se-á o mesmo à sanção disciplinar aplicável ao procedimento disciplinar.”

Assim o legislador limitou-se a apenas restringir a comissão de inquérito a não fazer menção quando no processo disciplinar estiverem caracterizados ilícitos penais tipificados no Código Penal, enviando o original do processo disciplinar ao Ministério Público por intermédio da Procuradoria.

Outra informação presente nesse item são os efeitos da absolvição ocorrida na esfera penal por negativa de autoria e inexistência de fato criminoso, na esfera administrativa, o qual enseja o encerramento do processo disciplinar.

Porém, o texto informa que caso a absolvição ou condenação judicial tenha qualquer outro fundamento, o servidor estará sujeito também à sanção disciplinar.

O módulo em comento não faz mais nenhuma referência sobre ilícito penal apurado no processo disciplinar, limitando-se assim, como as demais legislações que tratam do tema, a apenas estabelecer o limite de atuação das comissões quando forem verificados os crimes tipificados no Código Penal, e omitindo-se acerca da forma de condução desses ilícitos no processo disciplinar.

Desde 2003, o Distrito Federal valeu-se da Lei nº 8.112/90, como norma básica para nortear os processos disciplinares no âmbito de sua competência. Com a edição da Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011, do Distrito Federal, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das

fundações públicas distritais, a referida lei passou a ser utilizada como norma básica orientadora dos processos disciplinares e as demais passaram a serem utilizadas de forma subsidiária.

Como nas legislações anteriores verificadas acima, a nova lei aplicada ao Distrito Federal não trouxe muitas inovações, restringindo-se a abordar conceitos sobre ilícito penal e apenas estabelecendo limites de atuação das comissões, conforme se verifica nos artigos 181, 182, 213 e 254 seus incisos e parágrafos da citada Lei Complementar 840/11⁵⁰, transcritos abaixo:

“Art. 181. O servidor responde penal, civil e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 182. A responsabilidade penal abrange crimes e contravenções imputados ao servidor, nessa qualidade.

Art. 213. Não é objeto de apuração em sindicância ou processo disciplinar o fato que:

- I- não configure infração disciplinar prevista nesta Lei Complementar ou em legislação específica;
- II- já tenha sido objeto de julgamento pelo Poder Judiciário em sentença penal transitada em julgado que reconheceu a inexistência do fato ou a negativa da autoria, salvo se existente infração disciplinar residual.

§ 1º O Servidor não responde:

- I- por ato praticado com fundamento em lei ou regulamento posteriormente considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário;
- II- quando a punibilidade estiver extinta.

§ 2º Deve ser arquivada eventual denúncia ou representação que se refira a qualquer das hipóteses previstas neste artigo.

Art. 254. Na hipótese de o relatório concluir que a infração disciplinar apresenta indícios de infração penal, a autoridade competente deve encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público.”

Os legisladores da Câmara Legislativa do Distrito Federal deixaram de inovar o processo administrativo disciplinar ao não estabelecer uma forma processual de conduta do ilícito penal dentro do processo disciplinar, como ocorre no Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e em outros códigos que trazem em seu bojo os procedimentos específicos para a conduta dos atos processuais.

A falta de uma norma que oriente o desenvolvimento dos atos processuais no âmbito da esfera administrativa, no tocante à conduta de ilícitos penais apurados em conjunto com as infrações disciplinares constantes do mesmo processo, proporciona que as Comissões e até mesmo os titulares das Corregedorias e as autoridades responsáveis pela

⁵⁰DISTRITO FEDERAL. *Lei Complementar n° 840, de 23 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: < <http://www.seap.df.gov.br/sites/400/472/00000236.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

instauração e julgamento dos processos cometam grandes equívocos nas condutas desses ilícitos.

Todas as legislações que tratam do processo disciplinar apenas contemplam o envio do processo ao Ministério Público nos casos em que as infrações forem tipificadas como crime previsto no Código Penal, ficando este sobrestado na administração aguardando a decisão do Judiciário. E quando no mesmo processo constar ilícito penal e infração administrativa, ambos correrão nas duas esferas concomitantemente, ou seja, tanto penal como administrativa. Sendo que na esfera penal será tratado somente o ilícito tipificado como crime previsto no Código Penal, e na esfera administrativa serão tratados tanto o ilícito penal como a infração disciplinar residual. Dessa forma o processo administrativo englobará tanto o crime penal como a infração disciplinar residual supostamente cometida, uma vez que o instituto da independência das instâncias proporciona esse fato, respondendo o servidor cumulativamente nas duas instâncias.

No Distrito Federal não é diferente, a Lei Complementar nº 840/2011, não trouxe nenhuma inovação quanto à forma de conduta dos ilícitos penais dentro do processo disciplinar, deixando a cargo das autoridades dos órgãos ou às respectivas Corregedorias estabelecerem procedimentos que orientem as comissões disciplinares como devem proceder nesses casos, por meio de normas internas ou até mesmo o uso de procedimentos realizados em outros órgãos de forma subsidiária.

A ausência de uma norma processual que oriente de forma uníssona todos os órgãos da Administração Pública, elencando os procedimentos a serem realizados e que englobem todas as formas possíveis de conduta dos ilícitos penais dentro do processo disciplinar, tem possibilitado a ocorrência de prejuízos tanto materiais e econômicos como morais. Pois, tal omissão pode ocasionar uma conduta desidiosa ou proposital por parte da comissão, que encaminha o processo ao Ministério Público após conclusão do relatório, apontando a incidência de indícios de infração penal e infração disciplinar residual, mas, ciente de que estão presentes no processo um dos pressupostos que levam a absolvição do servidor acusado, a inexistência do fato ou a negativa da autoria, como forma de induzir aquele que vai avaliar o relatório o seu envio, e de forma residual atribui pena ao servidor acusado administrativamente.

Observe que o sobrestamento do processo disciplinar ocorre como previsto nas Leis 8.112/90, Lei 9.784/99, e replicado na Lei Complementar 840/11, no art. 254, quando o relatório da comissão conclui pelo envio ao MP por tratar-se de ilícito penal, devendo assim a Administração Pública aguardar o julgamento pela esfera penal. Esses

ilícitos estão previstos no art. 194, inciso I, alínea “a”, os quais são os crimes tipificados no Código Penal.

Já no art. 213 inciso II, da mesma norma, está a proibição da apuração de fato já julgado no Poder Judiciário, o qual tenha reconhecido a inexistência do fato criminoso ou a negativa da autoria, mas, que permite a apuração pelo meio administrativo no caso de infração disciplinar residual.⁵¹ Porém, não prevê a forma de como será a apuração de fato ainda não julgado no Judiciário, mas, constante do processo disciplinar instaurado para apurar infração disciplinar residual.

Entendimento também ratificado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁵² conforme jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PENA DE SUSPENSÃO. ILEGALIDADE DO ATO DA ADMINISTRAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS CRIMINAIS E ADMINISTRATIVAS. I - A instância administrativa não está necessariamente condicionada ao processamento criminal, eis que este não suprime o ilícito disciplinar. Contudo, a absolvição criminal terá reflexo no âmbito disciplinar, sempre que seja reconhecida a inexistência material do fato, ou negada a autoria do delito. II - Se a causa motivadora da punição do servidor for o seu envolvimento em inquérito policial, arquivando-se esse com a sua consequente exclusão dos autos do I.P., não há que se falar em punição, na esfera administrativa pelo mesmo fato, eis que restou conhecido pelo Estado que não houve a prática do delito pelo servidor. III - Desaparecendo o antecedente em que se baseou o ato administrativo à vista de não ter o servidor praticado nenhum ato comprometedor ou incompatível com a sua função de policial, há que desaparecer também, a motivação do referido ato, restando, pois, passível de anulação pelo Poder Judiciário. IV - Recurso improvido. (Acórdão n. 99925, APC4523797, Relator NANCY ANDRIGHI, 2ª Turma Cível, julgado em 18/09/1997, DJ 26/11/1997 p. 29.193)”

Essa é a questão chave do tema relacionado nesse trabalho com a competência residual atribuída à Administração Pública para apuração de infração disciplinar residual juntamente com o ilícito penal já encaminhado ao Judiciário, uma vez que o legislado não disciplinou como proceder nessa apuração. No art. 219 § 1º da Lei Complementar 840/11, bem como nas demais legislações anteriores que tratam do processo disciplinar,

⁵¹DISTRITO FEDERAL. *Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: < <http://www.seap.df.gov.br/sites/400/472/00000236.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

⁵²DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão n. 99925, APC4523797, Relator NANCY ANDRIGHI, 2ª Turma Cível, julgado em 18/09/1997, DJ 26/11/1997 p. 29.193. Disponível em:< <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62716,3551,29722&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=falta%20de%20autoria%20inexistencia%20do%20crime%20processo%20disciplinar>>. Acesso em: 16 set. 2012.

estabeleceu que os atos processuais não dependerão de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir, desde que preencham sua finalidade essencial.

Como se deve proceder para apurar infração disciplinar concomitantemente com o ilícito penal dentro do mesmo processo. Sobrestar a parte que trata do ilícito penal dividindo o processo em dois e dar sequência à apuração da infração disciplinar, ou continuar a proceder da forma como vem sendo executado em muitos órgãos do Distrito Federal, ou seja, realizar a apuração de ambos os ilícitos independente da esfera penal, e valendo-se do instituto da independência, uma vez que não ocorreu o trânsito em julgado no Judiciário e existe infração disciplinar residual relacionado com o fato apurado. É preciso ainda considerar o instituto do “*bis in idem*”, pois o fato além de estar previsto como crime pode ainda ser apurado pela esfera administrativa mediante o instituto da competência residual, o qual pode gerar dúvidas quanto à valoração do fato.

Sobre infração residual José Armando⁵³ traz o seguinte entendimento:

“[...] pode-se conceituar falta residual como sendo aquela que toma como suporte existencial de sua configuração fato não compreendido na sentença penal absolutória. Donde se conclui que a sentença criminal absolutória definitiva, ainda que negue categoricamente a existência da infração penal atribuída ao servidor, não poderá lançar eficácia na instância disciplinar para elidir punição que se embase noutros fatos que transbordem o *corpus delicti* plasmado na disposição penal referente.”

É notório que os reflexos da sentença penal na esfera administrativa ficam restritos às duas únicas possibilidades elencadas nas legislações anteriores que tratavam do processo disciplinar e replicada na Lei Complementar n° 840/11, do Distrito Federal, quais sejam: inexistência do fato e negativa da autoria.

A Lei n° 8.112/90, traz em seu art. 132, inciso I, também recepcionado na Lei Complementar n° 840/11, art. 194, inciso I, alínea “a”, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores no âmbito do Distrito Federal, que o cometimento de crime contra a Administração Pública praticado por funcionário constitui ilícito disciplinar causador da pena de demissão. Conclui-se que, em regra, esses são os delitos que tornam a esfera administrativa dependente da penal, condicionando-a a aguardar a decisão do Judiciário.⁵⁴

Verifica-se a figura do sobrestamento, quando a Administração Pública fica impedida de apurar fato tipicamente criminal, devendo aguardar a decisão da esfera penal e

⁵³COSTA, Jose Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar: Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p.130-131.

⁵⁴BRASIL. Lei n° 8.112/90. *Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1405.

sobrestar o processo disciplinar para a devida aplicação da pena ao servidor imputado, se assim dispuser a sentença.

No antigo manual utilizado no Distrito Federal, o módulo I, que trata dos Procedimentos Disciplinares, citado anteriormente, verifica-se no título III, item 3.1.4.1. relativo ao sobrestamento do curso do processo, a seguinte orientação:⁵⁵

“O sobrestamento do curso do Processo Administrativo Disciplinar poderá decorrer, somente, de fato ou circunstância absolutamente obstativas, suscitado ou não pela Comissão, a critério e por determinação expressa da autoridade instauradora.

A título exemplificativo, podemos citar a ocorrência de greves, decisões judiciais, catástrofes naturais, guerras etc.”

Infere-se da orientação acima que o sobrestamento processual só deve ocorrer em casos excepcionais.

Dessa forma as autoridades instauradoras dos processos disciplinares, no âmbito do Distrito Federal, em muitos casos, conduziram os processos disciplinares, apurando ilícitos penais em conjunto com as infrações disciplinares e, por fim, prolatando decisões de demissão sem aguardar o trânsito em julgado da esfera penal, que posteriormente ao decidir pela absolvição por falta de autoria ou inexistência do fato, ocasionará reflexos de forma desastrosa para a Administração Pública, que se vê obrigada a reintegrar o servidor demitido, face à decisão penal basear-se nas duas únicas hipóteses de absolvição que fulminam o processo disciplinar.

Em decorrência desse fator, o Governo do Distrito Federal, tem sido réu em vários processos judiciais e consequentemente condenado a reintegrar o servidor demitido em processo administrativo disciplinar residual por ter valorado também o ilícito penal no mesmo ato, o qual teve fulminado todo o procedimento em decorrência do reflexo da decisão penal.

A problemática consiste em não haver uma legislação que oriente a forma de como se deve proceder quando for apurar infração disciplinar residual concomitante com o ilícito penal, observando-se que já ocorreu o envio ao MP para a devida apuração, mas, que ainda não transitou em julgado no Judiciário. A autoridade responsável prefere dar continuidade à apuração estabelecendo rotinas próprias, ou até mesmo em analogia a outros órgãos ou normas que orientem de certa forma o tratamento a ser dispensado quanto à infração penal encaminhada ao Judiciário. Tais condutas têm como uma de suas justificativas evitar a prescrição, uma vez que no Judiciário é fato a demora no trâmite processual e assim

⁵⁵ ÁVILA, Tânia. *Curso de Procedimentos Disciplinares*: módulo I. Brasília: Escola de Governo do Distrito Federal, 2003. p.21.

incorrem no erro de penalizar o servidor acusado valorando também o ilícito penal no mesmo processo disciplinar.

A lei diz que em havendo infração disciplinar residual a Administração Pública deverá instaurar o processo disciplinar, mas, não orienta como efetuar se pode sobrestar a parte do processo que trata do ilícito penal e dar continuidade à apuração da infração disciplinar em separado ou se é necessário a apuração de ambos no mesmo processo.

No âmbito do Distrito Federal, verificou-se a grande incidência de processos de servidores pleiteando a reintegração e conseqüentemente a indenização e demais verbas correspondentes que ele deixou de receber durante o período que ficou afastado por ter sido demitido após trânsito em julgado na esfera administrativa e que posteriormente é anulado após a decisão do Judiciário que o absolve com base em uma das duas hipóteses de que fulminam todo o processo disciplinar.

Dessa falta de norma procedimental podem decorrer diversos casos de má-fé da própria comissão como das autoridades instauradoras, criando um sentimento de impunidade na administração tanto para aqueles envolvidos na apuração como os demais servidores dos órgãos.

Observe que se houver intenção da autoridade responsável em beneficiar alguém que cometeu infração disciplinar, basta que, ao final do relatório da comissão responsável pelas apurações, opte pelo envio do processo ao Ministério Público com a sustentação de haver indícios de crime, e de acordo com a lei usa de sua competência para apurar infração disciplinar de forma residual englobando ambos os ilícitos no mesmo processo disciplinar. E ao final, a mesma autoridade decida pela demissão do então servidor acusado sem aguardar o trânsito em julgado da esfera penal. Posteriormente, em sentença exarada, o Judiciário decide pela absolvição do servidor sob o fundamento da inexistência do fato tido como criminoso, o que refletirá diretamente na esfera administrativa, ou seja, fulminará todo o processo disciplinar que valorou tanto o ilícito penal como o disciplinar, tornando nula a decisão que demitiu o servidor. Verifica-se nesse caso que a autoridade responsável pela instauração do processo disciplinar sabia que o fato não constituía ilícito penal, mas que optou por enviá-lo ao MP como se o fosse. As conseqüências decorrentes desse fato para a Administração Pública, são desastrosas e muito onerosas.

O servidor que poderia ter sido condenado em processo disciplinar por ter cometido tal infração, foi beneficiado por um terceiro que agiu de má-fé utilizando-se da falta de norma condizente a orientar a condução do processo disciplinar de forma residual sem que

pudesse ser afetado pela posterior decisão do Judiciário. Da mesma forma que agiu essa autoridade também pode ser verificada nos membros das comissões se assim quiserem agir.

Ao servidor condenado caberia apenas aguardar o momento certo para reverter todo o quadro desfavorável que lhe foi atribuído, e posteriormente mudar de polo no processo, passando de réu a autor na ação de reintegração proposta contra a Administração Pública além de adquirir o direito a verbas indenizatórias e reclassificação no quadro funcional.

O caso citado acima é diferente daquele que comete uma única infração tida como fato criminoso, sendo o processo enviado ao Judiciário e permanecendo sobrestado na esfera administrativa para aguardar o trânsito em julgado na esfera penal e posterior penalização.

O trânsito em julgado na esfera penal pode demorar anos, ocasionando a prescrição do fato disciplinar se caso houver necessidade de apurar posteriormente. Outro ponto verificado no âmbito do Distrito Federal, foi a dificuldade em apurar responsabilidades das autoridades que agiram de má-fé no processo disciplinar, uma vez que a maioria é detentora de cargo comissionado e não pertence ao quadro definitivo do órgão agravado pelo lapso temporal transcorrido.

Casos como esses têm sido alvo de muitas críticas por parte dos servidores dos órgãos que presenciam e acompanham aqueles que praticam condutas contrárias à lei, mas que no fim acabam por saírem como vítimas e ainda recebendo enormes quantias em dinheiro relativas às indenizações recebidas da Administração Pública, e os responsáveis pelos desmandes processuais sem receber nenhuma punição.

CONCLUSÃO

A legislação brasileira não dispõe de um código administrativo tampouco de um código de processo administrativo que possa dar aos administradores um suporte mais seguro.

As leis que norteiam a Administração Pública, bem como seus administrados em sua maioria, estão dispostas em leis esparsas como a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 8.666/93, que Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, Lei nº 4.320/64, que Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados dos Municípios e do Distrito Federal, e muitas outras leis que regem as atividades públicas, mas, que são encontradas de forma independente, ou seja, sem constar de um código como se verifica no Código Penal, Código Civil, Código Tributário e outros.

Da mesma forma são os procedimentos realizados no âmbito da Administração Pública, com relação aos processos disciplinares que apuram de forma residual a infração; realizados, muitas vezes, de maneira independente por não haver uma norma que determine a forma como devem ser conduzidos determinados atos. Como ocorre na seara penal, em que o processo penal tem um rito a ser seguido, ou seja, todo um desenvolvimento pré-determinado pelo Código de Processo Penal, inclusive com orientações acerca de determinadas situações conflitantes, como no tratamento dado aos conflitos de competência, ações pertinentes a determinado caso, bem como o juízo a ser acionado.

O que se verifica na Administração Pública, em especial no âmbito do Distrito Federal, é que devido à falta de normas orientadoras do processo administrativo disciplinar, muitos administradores tiram proveito dessa omissão e de seu cargo para dar tratamentos diferenciados à condução dos processos disciplinares. Talvez para beneficiar alguém ou até mesmo em seu próprio benefício, uma vez que não é possível ter a dimensão do problema que originou determinada conduta daquele servidor envolvido em crime ou infração disciplinar.

Cabe ainda destacar que as autoridades responsáveis diretamente por esses absurdos, muitas vezes, exercem cargos comissionados e não integram o quadro definitivo de servidores dos órgãos envolvidos, o que dificulta mais ainda a Administração Pública a buscar responsabilizar os verdadeiros infratores.

É diante desse quadro que atualmente o Distrito Federal vem trabalhando para diminuir os problemas advindos dos processos disciplinares que ensejaram demissão de servidor, mas, que em sentença exarada pela esfera penal tem refletido diretamente na Administração Pública, a qual se vê obrigada a reintegrar o servidor além de arcar com todas as indenizações e demais verbas decorrentes de sua demissão tida como anulada.

Como contribuição acadêmica, sugere-se, portanto, as seguintes medidas:

- a) Elaboração de projeto de lei com o fim de contemplar o desenvolvimento do Processo Administrativo Disciplinar quando da apuração de infração disciplinar residual com o ilícito penal.
- b) Determinar aos responsáveis que no caso de apuração da infração residual é obrigatória a apuração em separado, ou seja, a infração disciplinar deve ser apurada em processo disciplinar diferente do processo que contém o ilícito penal;
- c) Vinculação de todos os envolvidos na apuração, desde a comissão até a autoridade responsável pelo ato demissionário, bem como seus avais, como forma de dar segurança aos procedimentos realizados, tornando-os ao alcance em posterior ação regressiva por parte do Estado;
- d) Normatização do sobrestamento do processo que contém o ilícito penal enviado ao Judiciário, e a continuidade do processo disciplinar, em separado, para apuração de infração residual;
- e) Revisão obrigatória do ato demissionário expedido por autoridade responsável por órgão de controle jurídico, sujeitando a respectiva autoridade a posterior tomada de contas e o consequente processo disciplinar, penal ou civil, se for o caso;
- f) Criação de órgão de controle para acompanhar os processos sobrestados dentro da Administração Pública, bem como mecanismos para cobrar da esfera penal mais agilidade no julgamento dos processos enviados àquela instância, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ;

Atitudes como essas são essenciais para o bom desempenho das Comissões Disciplinares que ficam obrigadas a atestarem os atos vinculando-se a eles, e em especial as autoridades instauradoras responsáveis pelo envio e sobrestamento dos processos, bem como àquela responsável pelo ato de demissão do servidor, que o realizar, vai buscar fazê-lo com mais rigor do que o faz atualmente.

Normatizado o procedimento de apuração de infração disciplinar residual em separado do ilícito penal, busca-se contemplar a segurança jurídica dos

procedimentos realizados, sem afrontar o princípio da independência das instâncias, uma vez que não pode tal independência ser vista como absoluta face à supremacia da jurisdição penal em razão do princípio de ordem pública, que é bem presente e intenso na matéria penal que na administrativa, maior gravidade das consequências na instância penal e o juízo penal em matéria de instrução e prova ser bem mais exigente do que a instância administrativa.

Nessa análise realizada dentro da esfera administrativa do Distrito Federal, e que também pode ser detectado na Administração Federal, ficou evidente que o atual sistema de apuração empregado no Processo Administrativo Disciplinar precisa ser revisto e reformulado, o que poderia ter sido feito quando da publicação da Lei Complementar nº 840/11, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais.

Fica demonstrado ainda que se houver má fé por parte daqueles que são responsáveis pelo processo disciplinar, a Administração Pública por falta de mecanismos mais eficientes, estará a mercê daqueles que tendem a tirar proveito das brechas existentes na legislação.

Ao trazer à tona essa problemática, busca-se demonstrar o quanto o erário sofre com essas condutas irregulares consequentes de brechas ainda existentes na legislação brasileira, e como moralmente a Administração Pública fica desgastada perante a sociedade e demais servidores públicos ao perceber que a impunidade torna-se presente mesmo diante de fatos concretos verificados dentro da seara administrativa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Tânia. *Curso de Procedimentos Disciplinares*: módulo I. Brasília: Escola de Governo do Distrito Federal, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 26510, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00447. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 27967, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 06-03-2012 PUBLIC 07-03-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+administrativo+disciplinar+independencia+das+instancias%29&base=baseAcorda os>>. Acesso em: 16 set. 2012.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. Acórdão n. 99925, APC4523797, Relator NANCY ANDRIGHI, 2ª Turma Cível, julgado em 18/09/1997, DJ 26/11/1997 p. 29.193. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62716,3551,29722&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=falta%20de%20autoria%20inexistencia%20do%20crime%20processo%20disciplinar>>. Acesso em: 16 set. 2012.

COSTA, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar*: Teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: <<http://www.seap.df.gov.br/sites/400/472/00000236.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Processo Administrativo Federal*: Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, José Cretella. *Prática do Processo Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LANDIM, Maria Cecília S. S. Módulo de Procedimento Disciplinar: parte I. *Diário Oficial do Distrito Federal*. Brasília. Número 19. p. 6. Jan. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

VADEMECUM Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.